

Derecho Romano

Índice

DATOS Y FECHAS DERECHO ROMANO

Fuentes del Conocimiento

Fuentes jurídicas: Se encuentran en su mayor parte en el CORPUS IURIS CIVILIS de Justiniano.

1) Obras de juristas clásicos:

a) Las instituciones de Gayo. Fue descubierto el texto en un palimpsesto de Verona, en 1816 y complementado con un nuevo descubrimiento del año 1927 en que se encontraron dos papiros egipcios. Además encontramos un epítome postclásico en el Breviario de Alarico.
b) Las Sentencias de Paulo. En 5 libros. (además el Breviario también recoge numerosos fragmentos.
c) La responsa de Papiniano.

2) Obras de juristas post-clásicos.

a) La fragmenta vaticana, halladas en un palimpsesto en la Biblioteca Vaticana.
b) La Legum collatio mosaica y romana. Que es una comparación de la ley de Moisés con el derecho romano, redactado en oriente.
c) El Código Teodosiano del año 438, conocido principalmente a través del Breviario de Alarico. La mejor edición en la Mommsen y Mayer en 3 vólumenes del año 1905.

3) Las fuentes elaboradas en occidente después de la caída del Imperio Romano.
a) El Breviario de Alarico. Código visigodo del año 506.
b) El Edicto Theodoriciano, creído tradicionalmente del reino ostrogodo de Italia.
c) La Ley Romana Burgundiorum del reino borgonón.

4) Las fuentes del Imperio romano de oriente.

El Corpus Iuris de Justiniano. La gran compilación legislativa del emperador de oriente y la principal fuente del conocimiento del derecho romano. Comprende:

a) Las instituciones: Manual elemental en 4 libros, para el estudio del derecho.
b) El Digesto o Pandectas: en 50 libros, formado por fragmentos de las obras de los grandes jurisconsultos romanos.
c) El Código: colección de constituciones imperiales.
d) Las novellas: constituciones promulgadas con posterioridad a los textos anteriores. El mejor texto es el preparado por Mommsen, Krüger, Shoell y Kroll, en 3 vólumenes, cuya última edición la 16ª es de 1954.

5) ***Las fuentes bizantinas postjustinianeas.***

La más importante son las Basílicas promulgadas por León el Sabio en los años 886-911, código compuesto por 60 libros.

Fuentes extrajuridicas

a) Historiadores: Polibio, Julio César, Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso, Diodoro Sículo, Tácito, Suetonio.
b) Filósofos y retóricos: Cicerón, Séneca, Aulo Gelio, Quintiliano y Macrobio.

Aspectos y fechas destacadas de la historia externa de Roma

- ***Hacía el año 1000*** a.c. se encuentran asentados en la península itálica diversos pueblos, entre ellos en el valle bajo del Tíber los ***latinos.***

- ***La colonización estusca***, pueblo oriental no indoeuropeo en que la mujer tiene una situación preponderante incluso hay testimonios de filiación femenina. Los tirsenos antepasados de los etruscos constituían un pueblo prehelénico del Asia Menor, con asiento en la Lidia, extremos poniente de la península de Anatolia. En el año 1000 incursionan en Italia, empujados por los dorios. Este pueblo mucho más avanzando que aquellos que habitaban Italia, se constituyeron en una minoría dominadora.

- ***Los etruscos*** se organizaban políticamente en ciudades estados, independientes con un rey llamado lucumón a la cabena. Distintos del mando son el hacha bifronte y la enseña etrusca el fascio de los lictores. *El propio símbolo gráfico del fascismo era el de la violencia:* ***el fascio**, **del latín fasces, haz de varas*** *que según la leyenda histórica tiene origen en el primer cónsul de Roma, Brutus (VI a.c.), quien hizo apalear públicamente a sus hijos y acabarlos a hachazos por haber conspirado contra el Estado. Este instrumento de castigo, inspirador de temor, se convirtió en símbolo del poder en Roma: el haz de varas ligadas con una cuerda alrededor de un hacha. Los lictores, junto al cónsul, portaban este emblema para ejecutar en el acto las sentencias de éste: flagelar, ahorcar o decapitar.*

  Este símbolo, devenido en símbolo del fascismo, tenía, en comparación con la cruz gamada de Hitler, la desventaja de ser muy complicado y por ello no poder ser dibujado en cualquier parte y por cualquiera, como sucedía con la svástica, las tres flechas socialistas o la cruz.

- A fines del siglo IV a.c. el imperio etrusco comienza su decadencia,

La colonización griega Se produce entre los siglos VIII y VII los griegos colonizan el sur de Italia y Sicilia, constituyendo la región que va a ser conocida con el nombre de ***Magna Grecia. (Helenismo*** El término solía describir una amplia variedad de influencias predominantemente griegas que ayudaban a moldear la identidad y actividad de la Iglesia antigua.

Relato legendario sobre la fundación de Roma

Las fuentes más importantes son ***La Eneida de Virgilio y Tito Livio con algunas precisiones de Cicerón.***

Leyenda basada en la colonización troyana del Lacio. Eneas hijo de Anquises un humano y de la diosa Venus, es uno de los salvados de la destrucción de Troya y después de una larga navegación llegan al Lacio para fundar una nueva ciudad. Al Lacio viaja con su hijo Ascanio y en dicho lugar se casa con Lavinia hija de un rey Latino. A la muerte de Eneas su hijo Ascanio funda una nueva ciudad ALBA LONGA, donde gobiernan 12 reyes albanos, cuyos reinados abarcan 300 años. El últmo de esta dinastina fue AMULIO, quien destronó a su hermano mayor NUMITOR e hizo entrar a la hija de éste REA SILVIA al colegio de las vírgenes vestales. Pero el Díods Marte tuvo relaciones sexuales con ella, de las que nacieron ROMULO Y REMO, que AMULIO condenó a morir haciéndolos arrojar al Tiber..... Según el mito, fueron los gemelos Rómulo y Remo los fundadores de Roma. Nacidos de la unión del dios Marte y de la sacerdotisa Rea Silvia, pero mandados a matar por Amulio, quien había usurpado el trono de Alba Longa al abuelo de los pequeños, el rey Numitor, fueron encontrados por una loba -que habría sido enviada por Marte- al pie del monte Palatino, donde los amamantó. Después los descubrió un pastor que los crió secretamente.
Años más tarde y luego de devolver el trono a su abuelo Numitor, los hermanos decidieron fundar una nueva ciudad, que Rómulo estableció en el monte Palatino.
Remo, envidioso, saltó el límite urbano trazado por Rómulo y este lo mató. Ese día, el 21 de abril del año **753 a.C.**, según el historiador latino Tito Livio, quedó instituido como la fecha de fundación de Roma.

- Roma se fundó sobre 7 colinas en la orilla izquierda del Tiber: QUIRINAL, VIMINAL, CAPITOLIO, ESQUILINO, PALATINO AVENTINO Y CELIO.

Los reyes LA MONARQUIA ETRUSCA (753–509 a.C.)

Según la leyenda, Rómulo fue el primer rey y el fundador de Roma. A él se debería la creación del Senado. Su sucesor fue el ***sabino Numa Pompilio,*** quien reglamentó la mayor parte de las ceremonias religiosas, reformó el calendario y construyó el templo del dios Jano, cuyas puertas se cerraban durante la paz y se abrían cuando se iniciaba una guerra.

Después reinó ***Tulio Hostilio,*** que era romano. Fue un rey belicoso que incluso declaró la guerra a Alba Longa -capital de la región del Lacio-, a la cual destruyó.

Durante el mandato de ***Anco Marcio,*** el territorio de Roma se expandió hasta el mar, donde se fundó el puerto de Ostia. A continuación vinieron ***tres soberanos etruscos: Tarquinio el Antiguo, Servio Tulio y Tarquinio el Soberbio.***

Bajo el reinado de los inteligentes pero despóticos reyes etruscos se amuralló la ciudad de Roma y se secaron los pantanos mediante la Cloaca Máxima -gran alcantarilla-. También se construyeron templos, caminos y **acueducto.**

El último rey de Roma fue Tarquinio el Soberbio, un tirano que terminó expulsado junto a sus partidarios, en el 509 a.C., estableciéndose la República.

LA REPUBLICA

La política externa La dominación de la península itálica (509 al 264 a.c.)

Roma se enfrenta a diversos pueblos, entre ellos etruscos, latinos, sabinos, ecuos, volscos. Como resultado de ello romanos y latinos se unen que celebran un tratado de federación militar en un plano de igualdad el ***el foedum casianum del año 493 a.c. que es un foedum aquum (tratado equitativo).*** Durante el siguiente siglo la liga de romanos y latinos subsiste pero Roma tiene pujos de supremacía.

El año 390 a.c. los galos (celtas) atacan en incendian y saquean Roma no escapándose de su empuje sino el capitolio, salvado de un ataque nocturno, según la tradición por los famosos gansos. Los romanos son sitiados durante 7 meses y no recuperan su libertad sino con un rescate de mil libras de oro.

Roma se enfrenta además durante dos siglos a diversos pueblos tales como samnitas, Tarentinos, etc. Entre los años 272 y 264 a.c. Roman termina y consolida la unificación. Sofoca las revueltas y consolida su supremacía en la peninsula itálica. Cada ciudad italiana esta unida con Roma por vínculos directos que comportan derechos diversos y que pueden llevar a sus habitantes a adquirir la ciudadanía romana.

Roma ha llegado así a ser el Estado más sólido de Europa.

La República

En la República, desde fines del siglo VI hasta fines del siglo I a.C., el Estado no debería pertenecer solo a una persona, sino que debía ser de todo el pueblo. Sin embargo, este nuevo orden solo era liderado por los nobles o **patricios**.

Las divisiones sociales

Eran considerados patricios quienes pertenecían a una **familia noble** o **gens** y descendían de los fundadores y primeros pobladores de Roma. Solo ellos tenían derechos; poseían casi todo, tierra y ganado, y podían participar en la administración del Estado y en el ejercicio de los cargos sacerdotales. Tenían, además, un culto común a cada familia, y el jefe de ella (el **pater familias**) poseía potestad absoluta sobre todos sus miembros.

Las personas que no pertenecían a ninguna familia recibían el nombre de **plebeyos**. Pese a que eran la mayoría de la población, no tenían derecho a ser ciudadanos. Tampoco podían unirse en matrimonio a los patricios. La única diferencia la marcaba la fortuna, ya que los plebeyos ricos podían ingresar al ejército.

Muchos hombres libres que no poseían nada, o casi nada, preferían buscar la protección de algún patricio, a cambio de ciertas obligaciones (que en realidad eran mutuas). Recibían el nombre de **clientes** y su cantidad influía en el prestigio y fuerza del patrón.

En Roma también hubo **esclavos**, de diversos orígenes. Por lo general, ayudaban en el servicio doméstico o ejercían como preceptores de los hijos de la familia. También formaban parte del patrimonio (los bienes) de su amo.

Los comicios

Dentro de la organización política romana fueron fundamentales las asambleas llamadas **comicios** (ya existentes en la época de los reyes), las que eran dos: los comicios por **curias**,

exclusivamente de patricios; y los comicios por **centurias**, de origen militar, en los que participaban tanto patricios como plebeyos, pues los últimos prestaban ya servicio militar a la par de los patricios. En los comicios por curias se discutían principalmente asuntos de tipo religioso, y en los comicios por centurias, cuestiones políticas.

El otro organismo fundamental (originado en la época de los reyes) fue el **Senado**, que se componía de unos 300 miembros vitalicios, en un principio solo de cuna patricia. Tenía a su cargo la dirección de la política internacional y la administración del Estado, estando, incluso, por sobre los comicios y los propios magistrados.

Como en la práctica los plebeyos no tenían mayor presencia en los asuntos públicos, tuvieron que luchar con firmeza para lograr alguna representación. Con la creación de los **tribunos de la plebe** consiguieron que estos los defendieran frente a los abusos del Senado y los magistrados. Los siglos V y IV a.C. estuvieron repletos de luchas reivindicativas, hasta lograr sus propósitos.

Las doce tablas de la ley

Uno de los mayores aportes de los romanos fue el **derecho** Sin embargo, para que llegara hasta nuestros días hubo que codificarlo, porque hasta ese año, el 450 a.C., era transmitido oralmente; es decir, era **consuetudinario**.
Además, el conocimiento de estas normas era de dominio único de los patricios, que las podían interpretar a su antojo. Los encargados de escribir las nuevas leyes fueron los **decenviros**, que se inspiraron, entre otras fuentes, en la legislación ateniense. A estas leyes se les conoce con el nombre de las **Doce Tablas.**
Tiempo después (445 a.C.) se permitió el matrimonio entre patricios y plebeyos, gracias a lo cual surgió una nueva aristocracia, la **nobilitia**. Sus miembros podían ocupar altas magistraturas o ser parte del Senado.
Otro triunfo para la plebe fue que, en el año 366 a.C., uno de los cónsules debía pertenecer a sus filas. Y en el 300 a.C. logró la igualdad religiosa, al poder ser sus miembros elegidos para el pontificado máximo.

Roma contra Cartago

En el siglo III a.C., **Cartago**, colonia fenicia establecida en Túnez (Norte de África), ***Cartago fue fundado por los fenicios de Tiro en 814 a.c. al producirse la ruina de tiro en el siglo VI a.c. al ser tomada por Nabucodonosor.*** Era la potencia marítima que dominaba el Mediterráneo occidental. Hacía largo tiempo que Roma la veía como una seria amenaza a su pretensión expansionista. Así es que, cuando controló la península itálica, la atacó (264 a.C.). A este conflicto se le conoció como **Guerras Púnicas** y duró más de un siglo.

En la **primera Guerra Púnica** (264-241 a.C.), Cartago perdió las islas de Sicilia, Córcega y Cerdeña.
Sicilia fue la primera **provincia** de Roma cuya administración fue entregada a un **pretor** (magistrado romano inferior a un cónsul). Los provincianos eran considerados súbditos, obligados a pagar un tributo.

La **segunda Guerra Púnica** (218-201 a.C.) fue testigo de las hazañas del general cartaginés **Aníbal**, quien venció en Cannas a los romanos y llegó, junto con su ejército de elefantes, a las puertas de Roma, pero no pudo entrar en ella. Años más tarde, Aníbal fue derrotado por **Escipión el Africano** en la batalla de Zama, en el norte de África.

Cartago perdió su flota y sus territorios en Hispania. Con esto se asentó el predominio romano sobre el Mediterráneo occidental.

La **tercera Guerra Púnica** (149-146 a.C.) fue la última, ya que los romanos atacaron a la propia Cartago hasta que finalmente se rindió. La ciudad fue incendiada y los sobrevivientes vendidos como esclavos.

El territorio cartaginés se convirtió en provincia con el nombre de África y abasteció de trigo a Roma.

Siria: Asía es Siria, dominio de los Seléucidas, gobernado por Antíoco III el Grande, que había subido al trono el año 223, cuando entra en contacto con Roma. Tiene ambiciones imperialistas y se enfrenta con roma, siendo derrotado en la batalla de Magnesia el año 189. Siria ha adquirido la condición de vasalla de roma.

Asia Menor: Pérgamo y rodas llegan a ser poderosos aliados de Roma en el siglo II a.c. La incorporación de ***Pérgamo*** a Roma en el año 133, fue decidida por Atalo III, que en su testamento dejó como heredero al pueblo romano. ***Rodas*** por su parte es incorporado a Roma en el año 63.

Egipto: Ptolomeo Soter fue el fundador de la dinastía griega que en el Egipto faraónico sucedió a Alejandro Magno, y que gobernó tres siglos hasta la incorporación definitiva del país a Roma. Cuando el rey sirio Antíoco IV pretende en el año 168, apoderarse de Egipto, una orden de Roma de lo impide. Roma aún cuando mantiene a Egipto independiente, su proteccionismo lo hace intervenir de manera continua en sus asuntos. En su testamento Ptolomeo XI dej de herederos a sus hijos y de albacea al pueblo romano. El último período independiente de Roma esta cubierto con la figura interesante de Cleopatra, que gobierna sucesivamente con sus dos hermanos y con su hijo Cesarión. (Fue amante de Pompeyo, luego de Cesar y después de Marco Antonio. Tras la derrota de actium en 31 a.c., trata de cautivar a Octavio, como no lo consigue se suicida. El año 30 Octavio anexa Egipto a Roma, pero no como provincia, sino en condición especial directamente vinculado con el emperador.

La República se extingue

A pesar de todo su poder y de haber conseguido numerosos territorios, imponiendo su dominio en gran parte de la cuenca mediterránea, a veces por la fuerza y otras mediante la **diplomacia** Roma estaba desgarrada socialmente por dentro, sin que la República pudiera evitarlo.

Lo que pasó es que las riquezas que habían dejado los triunfos romanos fueron a parar a las manos de quienes ejercían el poder en ese tiempo: los **nobiles** u **optimates**. Ellos adquirieron grandes propiedades y terrenos y acumularon enormes fortunas al administrar las provincias, al igual que el **orden ecuestre** o **de los caballeros**, llamados así porque hacían el servicio militar en las centurias de la caballería.

Pero las guerras no produjeron los mismos efectos entre los campesinos, quienes, al ver sus tierras destruidas o al ser alejados de ellas, sufrieron graves daños. Por eso, muchos aldeanos se dirigieron a Roma buscando mejorar su vida; pero muchos perdieron sus bienes y no consiguieron trabajo. Su único tesoro era su **prole**, es decir, su familia, por lo que pasaron a ser llamados **proletarios**.

Compadecido de esta situación, **Tiberio Graco**, elegido tribuno de la plebe en el año 133 a.C., propuso que si alguien tenía más de 125 hectáreas de tierra, las sobrantes debían ser repartidas entre los pobres. Esto causó el disgusto de los optimates, quienes al ver que Tiberio era reelegido, lo asesinaron, dando inicio a una etapa de guerras civiles.

Cuando su hermano **Cayo Graco** fue nombrado también tribuno de la plebe, diez años después, su posición era más radical: quería suprimir el poder del Senado y acabar con la supremacía de los optimates. Su meta era una democracia como la de Atenas, totalmente igualitaria. Renovó la reforma agraria y logró que se aprobara la **ley Frumentaria**, que establecía la distribución de cereales a bajo precio entre el proletariado.

Posteriormente, **Mario**, un astuto general, tras ser elegido cónsul en el 107 a.C., comenzó a dirigir la política romana y abrió las puertas para que los proletarios formaran parte del ejército, que desde ese momento pasó a ser profesional, aunque seguían existiendo, para casos específicos, las milicias ciudadanas.

Los enfrentamientos entre los optimates y el llamado partido popular terminarían abruptamente cuando **Sila**, representante de la clase oligárquica -conformada por los ricos y nobles-, aniquiló al partido popular y se proclamó dictador (81–79 a.C.).

Hubo después otros conflictos civiles que pusieron en crisis al régimen republicano. Como las instituciones no funcionaban, se recurrió al poder militar, varios de cuyos exponentes aprovecharon de ganar terreno, como **Pompeyo**, un general famoso por sus triunfos en Hispania y África; **Craso**, el hombre más rico de Roma, y **Julio César**, de origen patricio y un genial orador. Para hacerse del poder del Estado y repartirse las tierras del imperio, los tres formaron un **triunvirato** (60 a.C.). Pompeyo obtuvo el proconsulado de Hispania, Craso el de Siria y César el de las Galias.

La figura de Julio César

De los tres personajes que formaron el triunvirato, fue Julio César el que más se destacó. Mientras Pompeyo se quedaba en Roma y Craso fallecía al poco tiempo, Julio César lideró la conquista de la Galia transalpina (58-52 a.C.). No contento con su éxito, invadió también Germania y Britannia, la actual Inglaterra. Estas victorias le merecieron el respeto y admiración a toda prueba del ejército, lo que no fue bien recibido por Pompeyo, quien había conseguido que el Senado lo nombrara cónsul, después de volcarlo a su favor.

Cuando en el año 49 a.C., Julio César recibió la orden de retornar a Roma, no quiso hacerlo. Con eso provocó un enfrentamiento con Pompeyo, al cual vencería un año más tarde (48 a.C.), en la batalla de Farsalia. Sin obstáculos en su camino, no fue difícil que el Senado lo designara como **dictador vitalicio**.

Consciente de la situación social, repartió dinero entre los pobres y les creó trabajo a través de un programa de obras públicas; repartió tierras a más de 80 mil ciudadanos y a los veteranos de sus legiones; fundó colonias en África, Hispania y las Galias; estableció los tributos que debían pagar las provincias y decretó que estos ya no fueran cobrados por los **publicanos**, sino por funcionarios responsables; perfeccionó el calendario etrusco, al que le agregó un año bisiesto cada cuatro años, creando el “calendario juliano”, que fue usado hasta 1582 d.C., cuando fue reemplazado por el calendario gregoriano, perfeccionado por el Papa Gregorio XIII.

Sin embargo, a pesar de que Roma disfrutaba nuevamente de tranquilidad y fortuna, Julio César fue asesinado el 44 a.C., debido a que era considerado un tirano por la nobleza, la cual se apoyó en Casio y Bruto, junto a otros nobles, para cometer el crimen.

Para llenar el vacío dejado por Julio César, el año 43 a.C. se formó otro triunvirato, esta vez integrado por **Octavio**, hijo adoptivo de Julio César, **Marco Antonio** y **Lépido**, jefe de la caballería.

Octavio se mantuvo en Roma a cargo de las provincias de Occidente, Lépido se dirigió a África y Marco Antonio viajó a Egipto, donde se casó con su reina, Cleopatra, convirtiéndose en un monarca oriental.
Esta situación fue usada por Octavio como pretexto para lograr su destitución y declarar la guerra a Cleopatra, a la que venció en la batalla naval de Accio (31 a.C.), apoderándose de su capital, Alejandría. Luego, convirtió a Egipto en una provincia romana.

Lépido se retiró, por lo que Octavio se adueñó del imperio

Auge y caída

A pesar de que Octavio no tocó las instituciones republicanas, de todas formas concentró todo el poder en su persona al asumir la jefatura civil como **tribunicio**, reemplazando al tribuno de la plebe; el mandato del ejército y de todas las provincias como **proconsular**, y el de la religión, como **pontífice máximo**. Además, dejó para sí el derecho de seleccionar a los candidatos de las magistraturas que eran nombrados por la Asamblea Popular, y ser el **princeps**, es decir, el príncipe o primero en emitir el voto en el Senado.

Octavio también se arrogó el título de **emperador** (27 a.C.) con el nombre de **Augusto**, que significa "el sublime", y le antepuso el nombre de su padre adoptivo, César.

Durante el gobierno de Augusto, denominado por los historiadores el **siglo de Augusto** o **siglo de oro,** hubo un gran desarrollo de las artes y literatura, con nombres como Virgilio, Horacio y Tito Livio. Sus sucesores (los **Julio Claudios**, los **Flavios,** los **Antoninos y los Severos**) no tuvieron todos el mismo éxito, aunque hubo algún **siglo de plata** de la literatura (por ejemplo, **Tácito** está considerado entre los mejores historiadores romanos).

Luego el imperio fue cediendo ante las embestidas de los bárbaros procedentes del oriente, los **persas**, y de occidente, los **germanos**, durante el período de los emperadores **Severos** (193-235 d.C.).

Después de un tiempo de anarquía (235-285 d.C.) y el reinado de los emperadores **ilirios** (268-283 d.C.), asumió el control **Dioclesiano** (285-305 d.C.), que instauró la **tetrarquía**: un sistema de gobierno de cuatro, en el que dos Augustos elegían a dos Césares para que les sucedieran. Pero esta fórmula fue eliminada por **Constantino** (306-337 d.C.), quien dirigió al régimen hacia una **monarquía** de tipo oriental.

Además, al convertirse Constantino al cristianismo, declaró la libertad de culto en el año 313. También fundó una nueva capital en la antigua ciudad griega de Bizancio, que bautizó como Constantinopla.

Tiempo después, luego de que el emperador **Teodosio** falleciera en el año 395, el imperio se repartió entre sus dos hijos. Para uno quedó la parte occidental, con **Roma** como capital, y para el otro la oriental, con **Constantinopla**. Esta partición sería definitiva.

Los germanos provocaron la desaparición del Imperio Romano de Occidente cuando lo invadieron en el año 476. El imperio Bizantino de Oriente prosiguió, sin embargo, otros mil años, hasta que en 1453 Constantinopla cayó bajo el poder de los turcos musulmanes.

HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES POLITICAS ROMANAS

Se acostumbra dividir el desenvolvimiento político constitucional de Roma en los siguientes períodos:

I.- MONARQUIA: Período histórico que comprende desde la fundación de Roma (754 ó 753 a.c. fecha tradicional de la fundación de Roma) hasta la revolución patricia del año 509 a.c., año en que cae la monarquía estrusca y el último de sus reyes llamado Tarquino el Soberbio y se instaura la República.

II.- REPUBLICA: Comprende el período que se extiende entre los años 509 a.c. y 27 a.c., año éste último en que Octavio Augusto asume el gobierno y se produce una transformación paulatina de las instituciones republicanas.

III.- EL IMPERIO: Esta etapa abarca un extenso período que se extiende entre los años 27 a.c. y el año 476 d.c. fecha ésta última en que termina el imperio romano de occidente. Este período se subdivide en:

1) Principado: Corresponde al gobierno de Octavio Augusto desde el año 27 a.c. hasta su muerte el 14 d.c. fecha en que asume el emperador Tiberio, dando comienzo a la segunda fase de este período conocida como:

2) Alto Imperio: Durante este período se suceden varias dinastías (La Julio Claudia entre los años 14 y 68; Los Flavios entre el 69 y 96 Los Antoninos entre los años entre el 96 y el 192; Los Severos entre el 192 y el 235), hasta la muerte de Alejandro Severo, asesinado por sus propias huestes, en el año 235, dando comienzo al período denominado:

3) La anarquía militar: En este período que se extiende entre los años 235 y 285, se produce en Roma una profunda crisis política, económica y social a la cual pone término el emperador Diocleciano, dando paso al período conocido como:

4) El bajo imperio o dominado: Período que se extiende entre los años 285 y 476, en el cual los emperadores asumen todos los poderes. En el se produce además la división definitiva del imperio romano en occidente y oriente.

El imperio romano de occidente desaparece definitivamente el año 476, fecha en que la constante barbarización germánica se materializa en el derrocamiento de Rómulo Augustulo, último emperador romano de occidente, por Odoacro, rey de los Hérulos.

El imperio romano de oriente perduró a través del tiempo, hasta el año 1453, fecha en que Constantinopla, la antigua Bizancio cae en poder de los turcos otomanos.

EPILOGO BIZANTINO

Siguiendo al profesor Alamiro de Avíla, daremos este nombre al período que comprende los años 395 al 565, fecha en que muere el emperador Justiniano, último emperador romano de oriente, él último además que tuvo el latín como lengua materna. Después de él, el imperio entra en la edad media con características propias ya de un imperio bizantino griego, de pensamiento y expresión. Desde el punto de vista jurídico, la gran empresa del emperador Justiniano, fue la de realizar una recopilación general del Derecho Romano, que se tradujo en el Corpus Iuris Civilis.

PERIODIFICACION JURIDICA (Alejandro Guzmán Brito)

Convencionalmente puede darse por iniciada la historia del derecho romano en los años 451-450 a.c. en que fue promulgada la Lex XII tabulorum y, su fecha final esta determinada por otro monumento legislativo que desde la época moderna llamamos CORPUS IURIS CIVILIS, cuya elaboración en Constantinopla, capital del imperio de Oriente, tuvo lugar entre los años 529 y 534 d.c. y que fue complementada con una legislación posterior, hasta la muerte de su autor político el emperador justiniano en el año 565 d.c.

EPOCA ARCAICA: Desde el año 451-450 a.c. mediados del siglo II a.c. año 130, año de la dictación de la LEX AEBUTIA que dio carácter legítimo al procedimiento formulario.

EPOCA CLASICA: Entre el año 130 a.c. y el año 228 d.c. fecha de la muerte del gran jurista Ulpiano.

a) **Período clásico inicial:** Entre el 130 a.c. hasta el año 31. A.c. o 27 a.c. fecha del advenimiento de Augusto.
b) **Período clásico alto:** Entre el año 31 o 27 a.c. hasta el gobierno de Adriano (117-138 d.c.). (período de oro de la jurisprudencia romana.)
c) **Período clásico tardío:** Entre el año 138 y el año 228.

EPOCA POSTCLASICA: Cubre todo el período posterior al año 228 d.c. fecha de la muerte de Ulpiano hasta el año 565 fecha de la muerte de Justiniano.

a) **Período Dioclecianeo:** (284 al 305) hasta el advenimiento de Constantino el año 306).
b) **Período constantiniano:** (306-337) Desde el 306 hasta el 527 con la llegada del gobierno imperial de Justiniano.
c) **Período justinianeo:** 527-565.

LA MONARQUIA

Los primeros reyes romanos son de origen legendario, tan sólo de los últimos se tiene prueba de su existencia.[1]

Organos Políticos de la Monarquía

- **El Rey: Es** quien ostenta la autoridad suprema de la "civitas quiritaria", tanto en el aspecto político, como militar, judicial y religioso. El cargo era vitalicio y propuesto por su antecesor o por el senado, quien ostenta el interregno.
- **Los comicios curiados: Constituye** la asamblea del pueblo. Se encuentra formada por las antiguas tribus de la península: titienses, luceres y ramnes. Su función principal era otorgar la "lex curatia de imperio", por medio de la cual se le concedía el "imperium" al rey, es decir la facultad para que pudiera entrar en el ejercicio de sus funciones. Intervenía también en actos relacionados con la familia y la religión, v.gr. "las adrogaciones" y los testamentos. Este órgano desaparece como tal a principios de la república.
- **El senado:** Es un cuerpo meramente consultivo, ya que sus resoluciones no son obligatorias. Se encuentra compuesto por los jefes de las "gens", designados por el "rex". Entre sus funciones se encuentran: aconsejar al rey, salvaguardar las costumbres

[1] Según la tradición histórica hubo siete reyes; cuatro de origen latino (Rómulo, Numa Pompilio; Tulio Hostilio y Anco Marcio) y los tres últimos de origen etrusco (Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio).

"mores maiorum"; proponer al nuevo rey, si el anterior no lo había hecho y ejercer el interregnum. Esta última institución era la facultad que tenía el senado de reemplazar al rey en su cargo, cuando por cualquier causa éste quedaba vacante. El cargo era ejercido durante 5 días por cada senador, partiendo por el más anciano, hasta que se nombraba el nuevo rey.

- **Los colegios sacerdotales:** Vinculados con temas jurídicos se encontraban:

  ❖ **El colegio de los Pontífices:** Estaba compuesto por cinco miembros y presidido por el pontífice máximo. Su función era controlar las fórmulas jurídicas sagradas que las partes debían emplear en los litigios. Les correspondía además el conocimiento y preservación de la costumbre jurídica y la interpretación del "ius".

  ❖ **Los augures:** Eran los encargados de anunciar los augurios, o sea, de interpretar la voluntad de los dioses, a través de la observación de los fenómenos de la naturaleza.

Encontramos además a los Flamines, a las sacerdotisas vestales, etc.

En el año 509 a.c. se produjo una revolución patricia que trajo como consecuencia la caída de la Monarquía Etrusca y la instauración de la República. El relato legendario, cuenta que ésta se habría producido a raíz de la violación de Lucrecia a manos de un sobrino de Tarquino el Soberbio. La causa de fondo, sin embargo, se encontraba en los abusos cometidos por los reyes etruscos en contra de los patricios. Los plebeyos, en cambio, gozaban del favor de los reyes.

LA REPUBLICA

Los primeros siglos de la República transcurren en luchas entre patricios y plebeyos, debido a que estos últimos se encontraban en una situación de menoscabo y deseaban alcanzar la igualdad jurídica.

Paulatinamente los plebeyos lograr alcanzar la ansiada igualdad, así:

❖ En el año 494 a.c. consiguieron elegir a sus propios representantes, los "tribunos de la plebe" y la posibilidad de reunirse en asambleas propias "Concilia plebis", y que sus acuerdos tuvieran valor de ley.
❖ Se organizó el pueblo en clases censitarias de acuerdo a la riqueza de cada uno. Se logro la constitución republicana definitiva, la que obviamente fue "patricio-plebeya".
❖ Por una "Lex Canuleia" del año 445 a. J.C. se concede el "conubium" a los plebeyos, de tal modo que estos pueden celebrar justas nupcias con los patricios.
❖ Los plebeyos lograron también, el consulado en el año 404 a. J.C.
❖ La dictadura en el año 356 a. J.C., lo que en definitiva les trajo acceso directo al Senado.
❖ La censura en el año 351 a. J.C.
❖ La pretura en el año 336 a. J.C.
❖ Igualmente accederán a los colegios sacerdotales en el año 300 a. J.C.

Sin duda uno de los episodios más importantes de este período, fue la sanción de la "Ley de las Doce Tablas", esto ocurrió entre los años 451 y 450 a. J.C. Su importancia estaba determinada por cuanto se trataba de un texto escrito que se aplicaba tanto a patricios como a plebeyos, recogiendo la costumbre de los antepasados o "mores maiorum".

a) **Órganos Políticos de la República**:
La constitución política de la República descansa fundamentalmente en el equilibrio de tres órganos:

- **Las Magistraturas**: Las que ejercen el poder, "principio monárquico".
- **El Senado**: El que mantiene la "auctoritas", "principio aristocrático".
- **Los Comicios**: Asamblea del "populus", "principio democrático".

Las Magistraturas

Todos las magistraturas romanas gozan de "potestas", que es el poder de ordenar desde el punto de vista administrativo. Sin embargo, tan sólo los magistrados mayores (censores, cónsules y pretores) gozan de "imperium", que es el poder de mando político.

Da tal modo, las facultades que tienen los magistrados con "imperium", son las siguientes:

a) "ius edicendi": Facultad para dictar bandos o edictos.
b) "ius agendi cum populo": Facultad para convocar al pueblo y hacer propuestas de ley.
c) "ius agendi cum patribus": Facultad para convocar al Senado y hacer consultas.
d) "iurisdictio": Facultad para decir el "ius" en asuntos civiles, penales, etc.
e) "coercitio": Facultad para dar ordenes, exigir su cumplimiento e imponer castigo.
f) "auspicia": Facultad para interpretar la voluntad de los dioses, asesorados por los augures.
g) "militares": Facultad para mandar las tropas y realizar el reclutamiento de estas.

En el plano estrictamente formal, estos magistrados se hacían acompañar por funcionarios llamados "lictores", los cuales portaban "fascios". Además se sentaban en una silla llamada "curul", y poseían otros distintivos como medallas, insignias, etc.

Características de las Magistraturas Romanas:

a) Colegiadas: Es decir, se encuentran a cargo de dos a más magistrados (salvo las extraordinarias) de tal manera que cada uno de ellos tiene un poder igual al de su o sus colegas. Las tareas se dividían ya en razón de la materia, ya en razón de criterios temporales, v.gr.: pretor urbano y pretor peregrino, para el primer caso; cónsules en el segundo.
b) "intercessio": El magistrado que no está ejerciendo, tiene el derecho a veto sobre las decisiones de su colega, y sobre las medidas tomadas por los magistrados inferiores.
c) Anuales: La regla general es que las magistraturas sean anuales, tal es el caso de los cónsules, pretores, cuestores, ediles curules, tribunos. Sin embargo, existían magistraturas de una duración distinta, tal es el caso de los censores que son elegidos cada 4 años, debiendo cumplir sus funciones en un periodo de 18 meses y del dictador que sólo podía durar 6 meses.
d) Gratuitas: Los magistrados no recibían remuneración por el ejercicio del cargo. Se consideraba que era un honor el ser magistrado.

e) Responsables: Los magistrados, al término de sus cargos deben responder de sus actuaciones, y de los perjuicios que hubiere causado durante su ejercicio. Electivas: Las magistraturas deben ser aprobadas por los comicios. Así, los magistrados mayores (cónsules, pretores, censores) son elegidos por los "comitia centuriata", los menores (ediles curules y cuestores) en los "comitia tributa". El tribuno y los ediles plebeyos son elegidos en los "concilia plebis". En los anteriores casos son propuestos por el magistrado saliente.
f) Organización piramidal: Poseen este tipo de organización que recibe el nombre de "Cursus Honorum Superior Ordinario":

"Cursus Honorum" significa carrera de los honores.

i. Los cónsules: Eran magistrados con imperio, elegidos por los comicios por centuria. Su principal función era la dirección de Roma y las campañas militares. Las leyes Licinias Sextias del año 367 a.c. dispusieron que un cónsul sería patricio y otro plebeyo.
ii. Los pretores: Eran magistrados con imperio, elegidos por los comicios por centuria. Deben permanecer en Roma para conservar la plenitud de sus poderes, es decir, la "iurisdictio". Su función principal es administrar justicia. Por las leyes Licinias Sextias del año 367 a.c. se crea la pretura urbana y el año 242 a.c. el pretor peregrino.
iii. Los Funcionarios con "potesta" elegidos por los comicios por tribu. Su principal función era el cuidado de la ciudad en todo aspecto.
iv. Los cuestores: Funcionarios con "potesta" elegidos por los comicios por tribu. Su principal función era encargarse de la hacienda pública, bajo la atenta supervisión del Senado.

Para acceder al consulado se debía realizar todo el cursus honorum.

Existen además de las magistraturas ordinarias, una magistratura extraordinaria llamada dictadura.

- La Dictadura: Está magistratura posee carácter de constitucional. El dictador era nombrado por uno de los cónsules cuando el Senado disponía que se estaba ante un grave peligro.

Existen también los censores que, es una magistratura especial a la cual sólo se podía aspirar luego de haber sido cónsul.

- Los Censores: Eran elegidos por los comicios por centuria, duraban 18 meses en su cargo y eran nombrados cada cuatro años. Está magistratura constituye la excepción, ya que tiene el carácter de irresponsable. Entre sus principales funciones se encontraban:
  - Realizar el censo de los ciudadanos e inscribirlos en las diversas centurias y tribus.
  - Durante la República eligen a los senadores de entre las personas que han desempeñado alguna magistratura.
  - Velan y cuidan de la moral y de las costumbres. Con su "nota censoria", podían impedir que una persona pudiera elegir y ser elegido.

Los tribunos de la plebe o representantes del pueblo, nunca formaron parte de las magistraturas.

- Los Tribunos de la Plebe: Gozaban de los beneficios acordados luego del pacto juramentado, en ocasión del retiro de la plebe al monte sacro (494 a. J.C.) Son representantes y magistrados de la plebe. Son elegidos por la asamblea de la plebe a propuesta del tribuno saliente. Su persona se considera sagrada y su asesinato un sacrilegio. Sus poderes permanecen mientras se encuentren en Roma. Su casa se encuentra permanentemente abierta, por su constante servicio al pueblo. Lo más importante es que tenían el veto respecto de las decisiones de los magistrados patricios y aún del Senado (salvo en tiempos de guerra) cuando dichas decisiones afectarán los intereses de la plebe.

El Senado

El Senado fue el órgano rector y salvaguardador de la "res publica", papel que cumplió defendiendo la República hasta la llegada del Principado. Pese a ser el órgano más importante de la República carecía de imperio, pero poseía la "auctoritas" que, es el saber socialmente reconocido. De tal modo que de hecho, todas las decisiones política importantes deben contar con su aprobación. Las recomendaciones y acuerdos del Senado, se acatan y se cumplen por el prestigio moral de sus miembros.

Las atribuciones del Senado eran las siguientes:

a) La dirección de toda la política exterior.
b) Supervisaba todo lo relacionado con la religión romana y decretaba medidas en caso de peligro público.
c) La consulta por parte de los magistrados en todo tema importante para la "res publica".

De este modo el Senado controlaba tanto lo política interna como externa, ya que si un magistrado tomaba una decisión sin consultar al Senado, corría el riesgo de actuar según su propio criterio y sin ningún peso político.

d) Se encargaba de toda la gestión financiera de la República, ayudando a los cuestores.
e) En algunos casos otorgaba lo que se conoció como "dispensa de ley", lo que significaba que para un caso determinado puede dispensarse o excusarse la aplicación de una ley.
f) Conoce además las propuestas de ley, de los plebiscitos y de los candidatos a las diversas magistraturas.
g) Finalmente ejercía el "interregno", en caso de vacancia de los magistrados.

<u>Los Comicios</u>

Las asambleas del pueblo eran de tres clases:

a) *<u>Comicios Curiados:</u> Se remontan a los tiempos de la monarquía etrusca compuesto por 30 curias agrupadas en tres tribus. Quedaron sobrevivientes de la época de los reyes, desapareciendo definitivamente a comienzos de la República. Su papel político quedo reducido a conferir el "imperium" a los magistrados mayores ("lex curatia de imperio"). En la práctica estos comicios quedan representados por 30 lictores en nombre de 30 tribus.*

b) *<u>Comicios Centuriados</u>: .En estos comicios las personas se agrupaban de acuerdo a sus riquezas. El total de centurias era de 190, de aproximadamente 100 personas cada una, las que se distribuyen en cinco clases. A la primera clase le van a corresponder 98 centurias. En particular, la votación comenzaba por las clases más ricas y se detenía cuando se lograba la mayoría. De esta manera las clases menores que eran las más pobres nunca ejercieron el voto. Dentro de sus atribuciones se encuentran: la elección de los magistrados mayores; la votación de ciertas leyes importantes (v.gr: declaración de guerra); juzgar de la "provocatio ad populum" última instancia que tenía un ciudadano romano condenado a la pena de muerte, para lograr su absolución.*
   a) *<u>Comicios por Tribu</u>: .Estaban presididos por magistrados con imperio. En estos comicios el pueblo se encuentra dividido según su domicilio en tribus rústicas y en tribus urbanas (35 tribus; 4 urbanas y 31 rústicas). Dentro de sus atribuciones se encuentra la elección de los magistrados menores y en general la votación de las leyes vinculadas al derecho privado.*

<u>El Principado</u>

El año 27 a. J.C. Octavio regresa a Roma triunfante y devuelve al Senado todos los poderes otorgados extraordinariamente para terminar el conflicto con Marco Antonio y Cleopatra. Su verdadera intención era darle sustento legal al ideal de César, para ello utilizo sus notables condiciones políticas. De esta manera, emprendió la tarea de realizar un cambio institucional, pero no manera directa, sino manteniendo la vigencia de todas las instituciones de la Roma republicana, proclamando además que su misión era precisamente la restauración de las "res publica".

Octavio para tal colosal tarea se valió de dos pilares fundamentales:

1) *El "imperio proconsular" de los magistrados, que significaba no tener limites de tiempo y de espacio.*
2) *La "potestad tribunicia" que comprendía, entre otras cosas: el derecho a veto; la persona sagrada del tribuno y los poderes vitalicios.*

Octavio Augusto organizó todo el Imperio y estableció el Principado, lo que en definitiva significo que, comenzó a adquirir todos los poderes de los órganos de la República, aunque en un aparente mantenimiento de estos. Los poderes que se le entregaban a Octavio Augusto, se le concedían en razón de su prestigio personal, lo que fue llamado la "auctoritas principes". Lo anterior, trajo como consecuencia, el problema de la sucesión en el poder ya que estos poderes poseían carácter de intransferibles.

Algunas de las reformas que emprendió Augusto fueron:

a) *División de las provincias romanas en senatoriales e imperiales (que eran las que necesitaban tropas).*
b) *Dividió el tesoro público: el erario correspondía a las provincias senatoriales y el fisco a las provincias imperiales.*
c) *Dicto sus muy famosas "Leyes demográficas" – "Lex Iulia et Pappia"-. Augusto quería aumentar las personas de su clase, es decir, las familias auténticamente romanas, para ello premio las uniones fecundas en descendencia y castigo a las infecundas y a los solteros.*
d) *La institución de las "capacitas" significaba que las personas que no cumplían con las leyes demográficas, no podían recibir herencia, esa parte se declaraba caduca y la recibía los que sí cumplían con los requisitos. En caso de no haber personas que cumplían con los requisitos, la parte de la herencia o la herencia misma se destinaba al fisco.*
e) *Otorgo el "ius liberorum", es decir, la capacidad plena a las libertas (persona que era esclava pero que obtuvo su libertad) con 4 hijos y a las ingenuas (persona que nunca ha sido esclava) con 3 hijos.*
f) *Evito las manumisiones y les impuso fuertes sanciones. Ya que había más libertos que ciudadanos romanos.*
g) *Creó toda una administración de funcionarios.*

El Alto Imperio

La sucesión de Augusto fue para el Emperador Tiberio, en adelante todos los poderes se le otorgan al príncipe de una sola vez. Con su llegada se abre la etapa histórica conocida como el Alto Imperio. Aquí comienzan a desaparecer definitivamente todas las instituciones republicanas, asimismo Comienza a gestarse una nueva burocracia que lentamente va reemplazando a las antiguas magistraturas.

Durante el Alto Imperio los hechos más importantes que ocurrieron fueron:

a) *El imperio alcanzó su mayor extensión territorial en época del Emperador Trajano. 98-117 d,c,)*
b) *Durante la época del Emperador Adriano, el Senado que tenía facultades legislativas, se transforma en un órgano promulgador de la voluntad del príncipe. (117-138 d,c,)*
c) *A contar del mismo Emperador –Adriano- los magistrados dejan de dictar edictos y se produce la redacción definitiva del edicto del pretor, a cargo del jurisconsulto Salvo Juliano.*
d) *Se crea el consejo imperial que, era presidido por el prefecto del pretorio o jefe de la guardia imperial. Durante la dinastía de los Severo, este consejo estuvo integrado exclusivamente por juristas, v.gr: Papiniano, Ulpiano.*
e) *El año 212 d. J.C. el Emperador Antonio Caracalla dicto una Constitución Imperial que, otorgaba la ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio, con la sola excepción de los dediticios (pueblos revelados).*

En el plano de la Historia del Derecho, la anterior Constitución marca el inicio del Derecho Romano Vulgar que, es una consecuencia de la aplicación del Derecho

Romano clásico a pueblos con costumbres muy diversas que, en definitiva, van a modificar el derecho romano clásico.

La Anarquía Militar

En el año 235 ó 236 d. J.C. muere el último de los emperadores de la dinastía de los Severos. Comienza una anarquía militar que, termina con 25 Emperadores muertos, de un total de 26. Durante este período se produce un horrible deterioro económico, agravado por una epidemia de peste bubónica.

El Bajo Imperio

En el año 285 el Emperador Dioclesiano logra sacar a Roma de la crisis en que se encontraba y establece un nuevo régimen político, la "tetrarquía" (que consta de dos Augustos y de dos Cesares). Realiza profundas reformas administrativas, por v.gr: divide el Imperio en cuatro zonas o partes. Para acabar con la crisis económica dicta un edicto que, establece el precio máximo de los productos de primera necesidad. Con este Emperador comienza el período histórico llamado Bajo Imperio o Dominado –de corte oriental- que se caracteriza por ser el "dominus" el único órgano administrativo.

Se considera a este edicto la primera Ley de Protección al Consumidor.

- *Adquiere una gran importancia la religión o corriente de pensamiento llamada cristianismo la cual primero fue tolerada (Edicto de Tolerancia de Galerio del 311 d.c. y Edicto de Milán del 313 d.c.)[2] y luego oficializada en todo el Imperio. (Por Teodosio, quien gobernó entre el 379 y 395 d.c. quien declaró al cristianismo ortodojo, como la religión oficial del Imperio).*
- *De gran importancia fue en el desarrollo del Derecho Romano Vulgar y en toda la "humanización" de las normas romanas.*
- *Se rompen definitivamente las fronteras del Imperio, en su interior se asientan definitivamente los pueblos bárbaros germánicos.*
- *Roma deja de ser la capital del Imperio y esta pasa a ser Constantinopla. (año 330 d.c.)*
- *En el siglo IV se produce la división definitiva del Imperio en Oriente y Occidente, por los hijos de Teodosio el Grande, el oriente para Arcadio y occidente para Honorio. (395 d.c.)*
- *En el año 476 es depuesto el último Emperador de occidente Rómulo Agustulo, por Odoacro Rey de los Hérulos.*
- *En Europa al año 476 d. J.C. el panorama se presenta de la siguiente manera, respecto a los pueblos bárbaros germánicos, encontramos:*

  i. *En Britania a los sajones y a los anglos.*
  ii. *En España a los visigodos.*
  iii. *En la Galia a los francos, los galos y los burgundios.*
  iv. *En Italia a los ostrogodos.*
  v. *En África (en el norte) a los vándalos.*

[2] En el año 325 tuvo lugar el ¨Concilio de Nicea, en que se redactó el símbolo de la Fe, el credo, contra la herejía arriana.

Epílogo Bizantino

En el Imperio Romano de Oriente, el Emperador Justiniano trata de reconstruir el antiguo Imperio Romano. Este Emperador se da a la tarea de codificación y confecciona el "Corpus Iuris Civilis" que, consta de los siguientes libros:

- *El Código.*
- *El Digesto o Pandectas (que significa ordenar).*
- *Institutas (que significa instituir).*
- *Novellas (que son los nuevas leyes).*

<u>FUENTES DEL DERECHO ROMANO</u>

Fuente del derecho, es en general, aquella forma a través de la cual se manifiesta la norma jurídica:

Dentro de las fuentes del Derecho Romano encontramos:

a) <u>La Costumbre:</u> La Costumbre fue la primera fuente del Derecho Romano y la principal en la época arcaica y pese a estar la mayor parte del sistema jurídico basado en ella, no existió en Roma jamás una teoría general a su respecto, sólo más tarde, se va a advertir un cúmulo de elementos consuetudinarios en la Ley de las Doce Tablas y una clara manifestación en el derecho pretorio u honorario, específicamente en el edicto de los magistrados. Como sabemos, la costumbre era sólo conocida por los pontífices.

Recordemos que al colegio de los pontífices no podían, en un primer tiempo ingresar los plebeyos.

Ya en la época clásica se llega a una concepción más amplia de la costumbre y Marco Tulio Cicerón define el derecho consuetudinario como:

"Aquel que es producto de la voluntad de todos, que se convierte en ley y es comprobada por su antigüedad".

Con el gran jurisconsulto Salvio Juliano, se logra alcanzar una formulación completa de la costumbre, considerándola con pleno valor no sólo en ausencia de ley o de acuerdo con ella, sino también en contraposición a ella, ya que tiene fuerza derogatoria de ley.

Costumbre Positiva: es la actividad, la acción y el empleo de la ley.

Costumbre Negativa: es la omisión, el no cumplimiento de la ley.

Desuetudo: es el desuso, la ley no se aplica.

El anterior hecho coincide históricamente con políticas de extensión de la ciudadanía romana a una gran cantidad de habitantes, y por consiguiente del Derecho Romano, a todos los territorios del Imperio, fenómeno con el que se explica la formación de los sistemas de Derecho Romano Vulgar.

Los Emperadores de la época del Bajo Imperio, intentaron limitar la fuerza de la costumbre, privando de valor aquella contra ley.

Lo que se puede considerar una lógica posición, sino perdemos de vista el autoritarismo de los monarcas que se consideraban los únicos formuladores de la norma.

Un ejemplo de este afán limitador fue Constantino, a través de una Constitución Imperial –recogida en el Código Teodosiano-. Sin embargo era tal la fuerza de la costumbre que estas disposiciones no lograron

éxito, lo que se advierte entre otras cosas que muchas de las disposiciones del Derecho Romano Vulgar datan de está época.

b) La ley: Ley es todo mandato de aplicación más o menos general y cuyo cumplimiento se encuentra protegido por la sanción coactiva. También puede definirse como declaración de voluntad que vincula al que la da y al que la acepta.

La primera distinción en cuanto a leyes es:

1) Leyes Públicas: Declaración de potestad de un magistrado autorizado por los comicios.

Este, tal vez sea, el concepto más propio de ley en Roma.

2) Leyes Privadas: Declaración de un particular sobre cosas y bienes propios (contratos).

La segunda distinción en cuanto a leyes es:

1) Lex Rogatae: Son las leyes propiamente dichas y se denomina así al documento emanado de la asamblea de ciudadanos que tienen tal competencia (comicios centuriados y por tribu).

Su nombre proviene del hecho que deben ser precedidas de una propuesta o "rogatio" de un magistrado, generalmente un cónsul.

2) Lex Dictae: Son disposiciones administrativas en materia de hacienda.
3) Lex Datae: Estas leyes pueden perseguir dos finalidades la organización del municipio o la organización de los ciudadanos.

La propuesta del magistrado "Rogatio", debe ser dada a conocer al pueblo con 24 horas de anticipación a la fecha de reunión del comicio.

El objetivo de este aviso anticipado no era otro que el pueblo pudiera discutir la propuesta de ley con el magistrado, por medio de reuniones privadas, ya que el día de la votación sólo se podía aprobar o rechazar la ley.

Formalmente la ley consta de tres partes:

1) Praescriptio: Esta parte contiene los nombres de los cónsules que proponen la ley, la fecha en que es aprobada, el comicio respectivo e incluso el nombre del primer ciudadano que voto.
2) Rogatio: Esta parte es el cuerpo de la ley, es en definitiva la propuesta que hace el magistrado.
3) Sanctio: Son diversas cláusulas que se agregan al final de la ley, entre las cuales la más común es la siguiente:

"La ley tiene valor en la medida que no atente contra el derecho anterior y los derechos de la plebe".

La producción de leyes comiciales no era muy abundante y era por el gran respeto que se le tenía a la costumbre, frente a la cual la ley constituía una modificación hecha con cautela y aún sin derogar la norma antigua.

El gran jurisconsulto Domicio Ulpiano realiza una clasificación tripartita de la ley, de acuerdo a la sanción:

1) Lex Perfectae: Son aquellas leyes que tienen sanción perfecta, es decir, el acto prohibido por ellas es nulo, v.gr: las manumisiones hechas en fraude a los acreedores no tienen ningún valor.
2) Lex Minus Quan Perfectae: Son aquellas leyes menos que perfectas que, establecen una pena para el autor del acto prohibido por ellas, pero dejan el acto subsistente, v.gr: Lex Furia Testamentaria, la cual disponía que nadie podía recibir como legado una suma superior a mil ases, ahora si la persona la recibe hay una acción contra ella para cobrarle el cuádruplo del exceso recibido, pero no se le quita directamente el legado.
3) Lex Imperfectae: Son aquellas leyes que se limitan a prohibir una acto, pero sin establecer sanciones específicas, v.gr: la prohibición de efectuar donaciones que excedieran una determinada cantidad.

La palabra "Lex" se utilizaba también para designar una decisión de los Comicios por Curia que era la "Lex Curatia de Imperio", pero que más que una ley era un acto administrativo por el cual se fija el momento en que entra un funciones un magistrado con "imperium".

También se reservó en Roma le palabra "Lex" para designar a una breve codificación de materias variadas, especialmente de derecho privado, realizada según la tradición entre los años 451 y 450 a. J.C., nos referimos a la "Lex Duodecim Tabolarum" "Lex Decemviral" o Ley de las Doce Tablas.

Por el año 451 a. J.C. se habían suspendido todas las magistraturas en Roma y se había entregado el gobierno a diez magistrados especiales los "decemviros" o "decemviri legibus scribundis". Primero se redactaron diez tablas, y como había vencido el plazo de un año que tenían, hubo que nombrar otros "decemviros" que redactaron dos tablas más. El relato sobre el origen de la Ley de las Doce Tablas se encuentra rodeado de leyendas, aceptado hoy en día en muy pequeña parte como verdad histórica, así el texto original habría sido destruido en el incendio de Roma del año 509 a. J.C., sin embargo fue vuelto a redactar y se conoció en el siglo I, según relato de Cicerón, pero hasta nosotros no ha llegado. Desde

el siglo XVIII se han intentado muchas reconstrucciones, en ocasiones aventuradas. En todo caso las noticias que han llegado hasta nosotros están plagadas de interpolaciones.

Interpolación significa, generalmente, error en un texto producto de su manipulación.

El contenido de la Ley de las Doce Tablas es el siguiente:

*Tabla Primera:
De la citación en justicia.
* Tabla Segunda:
De las instancias jurídicas.
*Tabla Tercera:
De la confesión en el juicio y de la cosa juzgada.
*Tabla Cuarta:
Del Derecho de Familia.
*Tabla Quinta:
De las Herencias y Tutelas.
*Tabla Sexta:
De la propiedad.
*Tabla Séptima:
De los edificios y heredades vecinas.
*Tabla Octava:
De los Delitos.
*Tabla Novena:
Del Derecho Público.
*Tabla Décima:
Del Derecho Sagrado.
*Tabla Décimo Primera y Décimo Segunda:
Conjunto de disposiciones heterogéneas.

c) Los Plebiscitos: Los Plebiscitos son acuerdos de la plebe con carácter de ley. Durante la República por una Lex Hortensia del año 287 a. J.C. se reconoció el valor obligatorio para todos, es decir, se equipararon los acuerdos de la plebe a la ley, aprobada previa Rogatio de un tribuno. En las asambleas el proyecto se votaba en bloques, sin que quepa discutirlo y los votos se llevan por medio de una cédula sin que lleva una letra.

A: Antiqua (para reprobar) y UR: Utis Rogas (para aprobar).

Como no había posibilidad de discutir los proyectos de ley, los magistrados se reunían con anterioridad y de manera informal en reuniones llamadas "contiones".

d) El Edicto de los Magistrados: 1 En Roma algunos magistrados tenían facultad para dictar normas con carácter obligatorio en virtud del ius edicendi.

2 Estos magistrados –entre los cuales se encontraba el pretor- promulgaban su edicto como un verdadero programa de realizaciones jurídicas que, se proponían llevar a cabo durante el año de su

mandato. Cuando entraban a sus cargo fijaban el edicto general o edictum perpetum. También dictaban edictos nuevos o edicto repentina (para solucionar asuntos nuevos surgidos durante su mandato).

3 Los edictos tenían generalmente la vigencia y, por supuesto, la duración del magistrado que los dictaba (un año). Sin embargo en la práctica el magistrado entrante promulgaba el edicto perpetuo de su antecesor. De tal modo que en la parte no modificada recibía el nombre de edicto transiatirium (el que traspasa) y en la parte modificada edictum novum.

4 Los magistrados que tenían facultad para dictar edictos como fuentes del derecho romano son:

a) El pretor urbano en su edicto contiene normas de derecho civil y derecho pretorio. Conoce los asuntos entre ciudadanos romanos.
b) El pretor peregrino aplica el ius gentium o derecho de gentes, o sea, al derecho que es común a todos los pueblos. Conoce los asuntos entre ciudadanos romanos y peregrinos y entre peregrinos.

5 Tanto el pretor urbano como el peregrino administran justicia en Roma, fuera de la ciudad hay delegados del pretor y en provincia esencialmente quien administra es el gobernador.

6 En la época clásica los edictos son los vehículos fundamentales en la creación del derecho. Sobre ellos actúa el magistrado de un modo muy diverso al de otro legislador, ya que emplea una vía indirecta basada en el ejercicio de su imperium .

9 En tiempos del Emperador Hadriano (125-138 d. J.C.), el gran jurisconsulto Salvio Juliano elaboro por orden del Príncipe la redacción definitiva del edicto de los magistrados. Este edicto perpetuo fue aprobado por un senatus consultus, conociéndose con el nombre de la Horatia de Hadriano.

7 Surge así, en la época clásica del Derecho Romano, la labor creadora del pretor, dando origen a una nueva fuente jurídica. Este magistrado ofrecía en su edicto, acciones –actio- o medios procesales para:

a) Defender o realizar las facultades del derecho quiritario.
b) Asimilar situaciones nuevas a los antiguos marcos del derecho.
c) La protección de situaciones de hecho.

El magistrado edicente esta vinculado a su edicto “lo que esta escrito, esta escrito”. Sin embargo, no existía en principio la obligación del magistrado de atenerse a su edicto, de conceder lo que ofrecía, dicha obligación se derivaba de la fides (buena fe); es decir, que este vinculado a lo que ha prometido y de lo que otros se han fiado.

En el derecho honorario o pretorio fue siempre la acción –actio- anterior a la facultad jurídica que protege ya, estimando digna de protección nuevas situaciones ya, amparando situaciones de hecho.

La evolución por la que atravesó la protección de los derechos subjetivos o de las situaciones de hecho amparadas por el pretor, determino el nacimiento de tanta clases de acciones como derechos o situaciones protegibles existían. Derecho subjetivo y acción –actio- constituían una unidad inescindible, de tal suerte que, existía derecho, en cuanto existía la acción específica que lo protegía.

Todo lo anterior, hizo que el arcaico y rígido Derecho Romano, fuera de alguna manera transformándose, convirtiéndose en la época clásica en un sistema extremadamente casuístico que, avanzó de acuerdo a las necesidades sociales.

8 El derecho romano clásico fue un sistema de acciones: es la vía procesal ofrecida por el pretor la que configura la facultad que tenga una persona para poder ejercer un poder sobre una cosa o para exigir algo de alguien.

Todo el ordenamiento romano clásico fue siempre entendido como una inmensa estructura procesal y durante la época republicana y bastante probablemente en la altoimperial, la actio fue contemplada como un modelo arquetípico propuesto en el edicto con la misión de defender, de hacer efectivo y seguro el derecho subjetivo, constituyendo a la vez como su propia base medular. Según este punto de vista, el propio derecho subjetivo no existiría si previamente no se diera un encauzamiento procesal.

Tanto en el período arcaico como en el clásico, el procedimiento declarativo ordinario comenzaba con la in ius vocatio (citación a juicio). Sin embargo, particularmente en el procedimiento formulario, con anterioridad se producía un acto extra procesal llamado editio actiones, en el cual el que iba a ser demandante, indicaba libremente al que próximamente iba a ser demandado, cual era su pretensión y al mismo tiempo señalaba cual era la acción que contra él utilizaría.

Presente las partes en la fase in iure del procedimiento ordinario, el demandante nuevamente, esta vez ante el magistrado, señalaba la acción de que iba a valerse (segunda editio actiones o postulatio actiones). Particularmente la acción solicitada, puede ser:

a) Una ya creada por el derecho civil o por el derecho honorario.
b) O una nueva cuya creación se pide (en este caso el Pretor era conocedor solamente de la pretensión).

Así, el magistrado podía adoptar, de manera libre, una de las siguientes actitudes:

a) Conceder la acción solicitada del edicto.
b) Crear la protección jurídica (edicto repentino).

c) Denegar la acción solicitada (v.gr.: por estimar que no es justa, etc.).

En general cuando denegaba la acción, el juicio terminaba sin que el demandado interviniera. En este caso, el demandante podía buscar otras fórmulas: acudir a otro magistrado de igual o menor jerarquía. Incluso podía obtener el veto derivado de la potestad tribunicia llamado intercessio.

Sin perjuicio de todo lo dicho anteriormente; falto en Roma un concepto unitario de reclamación, del lado formal no hay un concepto unitario de actio, sino varias actiones con nombres diversos. Cada derecho se hallaba sellado con una acción o actio, no hay pretensión que tenga acceso a los tribunales, cuando respecto de ella no haya sido concedida una actio. En el derecho pretorio, el derecho fue reflejo de la actio, configurando una intrincada unidad sistemática.

Se entiende por formula los diversos modelos propuestos por el pretor en el edicto para cada una de las posibles pretensiones del actor. Con frecuencia se utilizan como sinónimos fórmula y acción, aunque es interesante ya desde un principio, subrayar las diferencias que existen entre ambos conceptos. Así mientras que el concepto de acción hace referencia más bien a una idea sustantiva y material de defensa de los derechos subjetivos, fórmula, en cambio se aprecia sobre todo en su sentido más formal, como el vehículo pretorio y procesal que puede ser utilizado en cada caso. Fórmula, es un diminutivo de forma, palabra griega que tiene un significado general equivalente a modelo. Es pues, por tanto la fórmula un auténtico modelo abstracto apto para litigar por escrito, según los esquemas jurisdiccionales del Derecho honorario que están contenidos en el edicto. Cuando esa fórmula tomada de la lista pretoria ha sido elegida por los litigantes y llevada al litigio para encauzar una pretensión procesal concreta puede ser llamada a actio e incluso iudicium.

Este programa –fórmula- es redactado como una directiva del pretor al juez, consiste esencialmente en la descripción de una hipótesis a cuya prueba posterior se subordina la consecuencia alternativa de condenar o absolver al demandado.

e) <u>Los Senados Consultos:</u> El Senado interviene en la República y a comienzos del Imperio, a través de las rogationes e incitando a los magistrados a que hagan propuestas de ley y a que dicten edictos. También interviene otorgando dispensa de leyes, es decir, disponiendo no hacerlas aplicables a un caso particular.

A comienzos del Imperio Augustus da amplias facultades al Senado, de tal suerte que, se llego con facilidad a que este cuerpo dicte senatusconsulta.

Según Gayo los senatusconsulta es definido como lo que el Senado ordena y establece.

En el siglo II d. J.C. –bajo el Emperador Hadriano- se reconoció al Senado "una plenitud de poder legislativo", y los senatusconsulta se equipararon a la ley.

Sin embargo, pronto, los senatusconsulta se comienzan a dictar sólo previa oratio (propuesta o discurso) del Emperador que, en la práctica, era siempre aprobada. De tal modo que, la función legislativa del Senado se ve reducida a ser una vía de expresión de la voluntad del Príncipe que, quiere hacer participar al Senado en la promulgación de una nueva norma.

Guardaba -con ello- en lo formal un respeto al Senado, mostrando como se conservaban las costumbres republicanas.

e) La Jurisprudencia:

En la medida en que se laicizó el "ius", sacándolo de la "interpretatio" de los Pontífices, comenzaron a aparecer aquellos que por merito propio se dedicaban al conocimiento de 2soluciones de justicia, manejando la "prudentia" en los asuntos jurídicos. Por ello son denominados "prudentes" o "iurisprudentes".

1) Jurisprudencia Republicana (desde el año 130 a. J.C. al año 30 a. J.C.). En esta época los juristas actúan de la siguiente manera:
    a. Respondere: Es la actividad más propia del jurista, consiste en responder a las preguntas que se le formulan sobre cuestiones de derecho. Se acostumbraba a que estuvieran presentes jóvenes auditores que si iban formando jurídicamente.
    b. Cavere (prevenir): Consistía en redactar cláusulas que se incorporarían a los negocios jurídicos, asistiendo a los interesados y aconsejándolas en la importancia práctica de las palabras, giros tecnicismos jurídicos que se empleaban.
    c. Agere (accionar): Consistía en la tarea de guiar a los litigantes y a los oratores, quienes eran los que efectivamente abogaban por las partes.

2) Jurisprudencia Clásica Alta (desde el año 30 a. J.C. al año 130 d. J.C.). En esta época la labor de la jurisprudencia era eminentemente interpretativa. Los juristas siempre actuaron con una gran libertad frente a la norma interpretada y fueron creando un verdadero derecho científico, superpuesto al ius legitimorum. Es este derecho de creación jurisprudencial el que recibe el nombre de ius civile, cuya vigencia derivaba, no tanto de la imposición, como del prestigio de sus creadores. El anterior ius civile podía tener lugar no sólo a propósito de una consulta privada, sino también como resultado de una formal pregunta que dirige el magistrado –pretor- a su consilium que se encuentra compuesto por juristas.

Los juristas permanecen en un plano científico- teórico, pues las consideraciones relativas a los hechos son de competencia del iudex .

Con el Emperador Augusto se le da un reconocimiento explicito a la jurisprudencia como fuente del derecho, a través del ius respondendi que, como sabemos, consiste en dar una fuerza semejante a la de la ley, a las opiniones de ciertos grandes jurisconsultos, de modo que estas obligaran a los jueces.

Los Emperadores conceden este ius respondendi a numerosos jurisconsultos y en ocasiones invistieron de valor a todas las obras de algunos.

Por su parte los jurisconsultos cultivaron ciertos géneros literarios, a saber:

a) Las Responsas: Es la colección de respuestas de los juristas.
b) Quaestiones: Son la resolución de casos prácticos por los juristas.
c) Comentarios de los juristas: Es el edicto de los juristas de la República.

3) Jurisprudencia Clásica Tardía (desde el Año 130 d. J.C. al año 228 d. J.C.) Esta época comienza con la reforma de Adriano que, transforma el oficio del jurista en una función meramente burocrática. Adquiere gran importancia la figura del "Prefecto del Pretorio" y del "Consejo Imperial" que se encuentra integrado exclusivamente por juristas notables. Sin embargo, por esta época, los juristas empiezan a preocuparse por asuntos que les eran extraños, como por ejemplo los defectos y deberes de la administración. No obstante lo anterior, existieron grandes juristas como por ejemplo: Papiniano, Ulpiano, Paulo.

Recordemos que en la época del Emperador Adriano, se dicto un "senatusconsulta" que estableció que la opinión de dos a más juristas que, opinan de la misma forma y que tienen "ius respondendi", ese opinión tiene valor de ley.

4) Jurisprudencia Post-Clásica (desde el año 228 d. J.C. al año 476 d. J.C.). En esta época se produce un notable deterioro de la jurisprudencia, llegando incluso al "vulgarismo jurídico", en donde se producen confusión de instituciones jurídicas. Acorde con la política del dominus que, era el único legislador, se limita la facultad de hacer valer en juicio la opinión de los juristas dotados de ius respondendi.

Uno de los grandes problemas del derecho de esta época consistió en demostrar la autenticidad de los textos jurídicos que se invocaban, ya fueran los correspondientes a las "leges", ya a las obras de los distintos juristas.

Así, es como se toma la más importante medida por parte de Valentiniano III en occidente y de Teodosio II en oriente, al

ordenar a los jueces que en sus sentencias sólo se debía atender a la opiniones de un grupo restringido de juristas clásicos: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino (todos ellos iurisprudentes) y Gayo (que no lo era). Tal medida paso a la historia con el nombre de la "Ley de Citas" e incluso como el "Tribunal de los Muertos".

En un segundo momento, según la redacción definitiva que, figura en el Código Theodosiano, se agregaron también las opiniones de aquellos otros juristas que estuvieran mencionadas por algunos de los cinco principales.

f) <u>Las Constituciones Imperiales:</u> Las Constitutiones Principis_según Ulpiano las define como "aquello que le gusto admitir al Príncipe, tiene fuerza de lex". Los Emperadores son magistrados del pueblo romano y pueden dictar edictos y la diferencia con los edictos de los otros magistrados, por ejemplo de los pretores, es que el edicto del Emperador rige para todo el imperio, en cambio el del magistrado sólo para su territorio jurisdiccional, además en cuanto al tiempo de duración –vigencia- el edicto del pretor dura un año, el del Emperador en cambio dura hasta su derogación. Las Constituciones Imperiales comenzaron con Augustus y revistieron diversas formas.

1) Edictos: Son Constituciones Imperiales que se caracterizaban por tener un carácter general, por ejemplo. Edicto de Caracalla.
2) Rescriptos: Son respuestas que da el Emperador, a un magistrado o a un particular que, había formulado una consulta sobre un punto de derecho. Sin perjuicio de lo anterior, es el "Consejo Imperial" el que a nombre del Emperador da la respuesta antes dicha, la cual puede revestir las siguientes formas:
    i. Subcriptio: Es la respuesta que da el Emperador a un funcionario en la misma carta de la pregunta, va a pie de página y tiene valor de ley.
    ii. Epistola: Es la respuesta que da el Emperador, pero que va en carta a parte y tiene sólo el valor de recomendación.
3) Decretos: Son decisiones judiciales, sentencias del Emperador, ya sea de casos que le corresponda conocer directamente, ya sea de casos que le toque conocer por vía de apelación.
4) Mandatos: Instrucciones que de el Emperador a sus funcionarios en materias propias de la administración.

Con el tiempo se comenzaron a codificar las Constituciones Imperiales y a estas recopilaciones se les llamo "Códigos". Con el Emperador Teodosio II aparece la primera recopilación oficial de Constituciones Imperiales que se aplica en occidente: "El Código Teodosiano". Este cuerpo legal se divide sistemáticamente en libros y estos a su vez en

títulos. Los libros I al V tratan de derecho privado, el libro VIII de la competencia de los funcionarios, el libro IX del derecho y procedimientos penales, el libro X y la primera parte del XI de materias fiscales, el resto del libro XI del régimen de las apelaciones, del libro XII al libro XIV de la organización municipal, el libro XV de las obras y divisiones públicas y por último el libro XVI del derecho canónico y de las relaciones Iglesia Estado. Además este cuerpo legal derogo todas las Constituciones Imperiales anteriores a él y que no se encontraban contenidas en su texto.

Teodosio II convino, además, con el Emperador Valentiniano III de occidente que, se comunicarían mutuamente las nuevas Constituciones Imperiales que se dictaran y las promulgarían conjuntamente en ambas partes del Imperio.

g) La Obra Legislativa de Justiniano: El Emperador Justiniano cuando sube al poder, comienza a realizar una activísima labor con el objeto de formar un todo, con el material clásico y post clásico, puesto al día y con vigor en todas las tierras del Imperio.

En primer lugar y con el objeto de facilitar el empleo de las obras de los jurisconsultos clásicos, Justiniano encargo a una comisión de 10 miembros -funcionarios y profesores de derecho de las escuelas de Berito y Constantinopla- la preparación de una serie de 50 Constituciones interpretativas, conocidas con el nombre de "Quinquaginta Decisiones", que fueron promulgadas en conjunto hacia el año 530 d. J.C.

En segundo lugar, nombro una comisión encargada de estudiar, relacionar y traducir a un todo las obras de los jurisconsultos clásicos. Dicha comisión estuvo presidida por Triboniano y formada por once abogados, dos profesores de Berito (Dónatelo y Anatolio) y dos de Constantinopla (Teofilo y Cratino) más el ministro de hacienda de Constantinopla. La comisión estuvo facultada para retocar los textos (interpolaciones) a fin de mantener la congruencia en toda la obra. Todos los escritos y autores utilizados tendrían el mismo valor, por lo que el juego de la "Ley de Citas" desapareció. Los comisionados revisaron más de 2000 libros de los cuales sólo utilizaron 1570 de jurisconsultos de fines de la República hasta fines del Bajo Imperio. Los fragmentos extraídos de los textos fueron ordenados sistemáticamente –al parecer siguiendo el plan del Edictum Perpetum- en 50 libros, divididos en títulos y estos en fragmentos. Los autores más utilizados fueron Ulpiano y Paulo. El antedicho monumento jurídico recibió el nombre de "Digesto o Pandectas" (que significa ordenar) y fue promulgado el año 533 d. J.C.

En tercer lugar y paralelamente a la elaboración del Digesto, se redacto un manual elemental de derecho, obra de los profesores Doroteo y Teofilo, dirigidos por Triboniano. Este manual lleva el nombre de "Instituciones de Justiniano" y fue promulgado el 21 de noviembre del año 533 d. J.C. ordenándose que entrara en vigencia el 30 de diciembre de ese mismo año, en conjunto con el Digesto.

El Emperador Justiniano dedico este manual "a la juventud amante de las leyes".

Las Instituciones comprenden 4 libros divididos, a su vez, en títulos y comprenden sistemáticamente y en una redacción homogénea las materias de derecho privado. Los comisionados utilizaron como texto base las Institutas de Gayo y otros escritos de ese autor, además de varios manuales de Marciano, Florentino, Ulpiano y Paulo. Los autores de este manual pusieron especial atención en destacar las innovaciones introducidas por Justiniano.

En cuarto lugar y debido, entre otras cosas, a la dictación de nuevas Constituciones Imperiales que hicieron envejecer el antiguo Código, Justiniano dispuso la elaboración de un nuevo Código, obra de Triboniano y Doroteo, auxiliados por tres abogados, fue llamado "Codex Justinianus Repetitae Praelectiones". Este cuerpo legal derogo el anterior y fue puesto en vigencia el 29 de diciembre del año 534. Comprende XII libros: el primero trata del derecho público y del derecho eclesiástico, del libro II al VIII se trata el derecho privado, el libro IX trata del derecho y del procedimiento penal, y por último del libro X al XII se trata del derecho administrativo.

En quinto lugar aparecen las "novellas" que son las Constituciones Imperiales posteriores al Codex de Justiniano.

Finalmente, el nombre que se le da al conjunto de derecho justinianeo, es decir, las instituciones, las novellas, el digesto y las 50 Constituciones interpretativas es el de: Corpus Iuris Civilis . Los tres primeros cuerpos legales rigen con igual valor armónico, las novellas, por su parte, como son posteriores tuvieron una vigencia preferencial ya que, pudieron derogar disposiciones de los otros textos.

PROCEDIMIENTOS ROMANO

INTRODUCCION

El derecho es una exigencia de la sociabilidad humana. El hombre en sociedad acomoda su conducta a preceptos de diversa naturaleza –religiosos, jurídicos, culturales, éticos, estéticos, usos de cortesía, etc.- que muchas veces tienen zonas comunes de coincidencia, difíciles de separar, sobre todo si las consideramos en una perspectiva histórica.

El proceso y las acciones suponen todo un sistema para la defensa de los derechos subjetivos, los que nos lleva a discurrir sobre la diferencia entre derecho objetivo y derechos subjetivos.

Sin entrar en lo complejo que ha resultado para los juristas llegar a un concepto de ***derecho objetivo,*** podemos simplemente definirlo como el conjunto de mandatos jurídicos coercitivos, (preceptos sancionados) que se establecen para garantizar dentro de un grupo social (Estado) la paz amenazada por los conflictos de intereses de los ciudadanos (miembros del Estado).[3]

Por su parte el ***derecho subjetivo*** ha sido definido como un interés jurídicamente protegido o como el poder de obrar (actuar) concedido a la voluntad del sujeto para la satisfacción de sus propios intereses, poder reconocido y garantizado por el derecho objetivo. Ejemplos de derechos subjetivos son el de propiedad, los del vendedor y comprador para exigir, respectivamente, el pago del precio y la entrega de la cosa vendida; el del acreedor de un préstamo de dinero para que se le pague la cantidad debida, etc.

Al derecho subjetivo corresponde siempre un **deber**, una obligación de otra persona, que puede consistir en dar, hacer o no hacer. Hablar de derechos subjetivos, es hablar del titular de los mismos, o sea, la persona que tiene el poder de obrar, llamada ***sujeto del derecho.*** En cambio, el derecho objetivo es exterior a todo sujeto, no se refiere a ninguno determinado ni a sus relaciones, sino que al concepto del derecho desde el punto de vista del observador externo, vale decir, objetivo.

El derecho objetivo representa la norma de obrar o ***norma agendi*** y el derecho subjetivo, la facultad de obrar o ***facultad agendi.***

Derecho con D mayúscula designa a los derechos objetivos y con d minúscula al derecho objetivo.

Los romanos, para designar estas realidades jurídicas hablan sólo de ius[4] (iura en plural así, por ejemplo, derechos en cosa ajena sería iura in res aliena), y bajo ese concepto se refieren tanto al derecho objetivo como al subjetivo. Tal duplicidad de acepciones se ofrece ya desde la época más arcaica del Derecho romano. Por ejemplo en la Ley de las XII Tablas, la expresión *ita ius esto,* o la referencia al viejo Derecho Civil –*ex iure Quiritium*- están tomados en un sentido objeto. Por otro lado, en las vetustas fórmulas romanas

---

[3] FRANCISCO CARNELUTTI Nuevo Proceso Civil Italiano., Barcelona 1942.

[4] Ius se utiliza también en los textos romanos para designar otras realidades, por ejemplo: el lugar en que el magistrado administra justicia; citar a alguien para que acuda al tribunal es vocare in ius. Otras veces aparece la voz ius como sinónimo de situación jurídica. En el Bajo Imperio se emplea también la palabra ius, oponiéndola a leges, para referirse únicamente al derecho objetivo que no procede de las constituciones imperiales; etc.

aparece la expresión *aio mihi ius esse...* sinónimo de poder consentido y garantizado por el Derecho Objetivo.

Otras divisiones del Derecho[5], son las siguientes:

1) ***Ius Publicum Ius privatum:*** El derecho público según la definición de Ulpiano sería *ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat,* esto es, el que trata de la organización y administración del Estado. Ejemplos de las materias reguladas por este Derecho serían los poderes de los magistrados, las facultades electorales de los ciudadanos, etc. El derecho privado según la definición de Ulpiano sería *quod ad singulorum utilitatem pertinent,* o sea, el que atañe a la utilidad de los particulares. O sea, ampara los intereses de los sujetos no en cuanto a miembros del Estado, sino aquellos que nacen en la esfera de la autonomía privada y que se relacionan con su patrimonio, su familia, los contratos, etc.

2) ***Ius Civile y Ius Honorarium***: Esta división corresponde a dos grandes sistemas jurídicos de la época clásica. El Derecho honorario, está integrado por el conjunto de normas jurídicas que provienen de los edictos de los magistrados. El Derecho Civil, en cambio,[6]como opuesto al Derecho honorario corresponde al Derecho que nace de otras fuentes, por ejemplo, de los senadoconsultos, decretos del príncipe, jurisprudencia, etc.

3) ***Ius Civile, Ius gentium, ius naturale***: El Derecho Civil, es el aplicable sólo a los ciudadanos romanos; el derecho de gentes por su parte está integrado por aquellas normas que se aplican a todos los pueblos y que tienen su fundamento no en especiales características de cada uno de ellos, sino en la *naturalis ratio.* El derecho natural por su parte, fue definido por Ulpiano como aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, y pone como ejemplos de leyes que rigen tanto a los hombres como a los animales, las relativas a la unión de los dos sexos, procreación y cuidado de la prole.

4) ***Ius Scriptum y Ius non scriptum:*** La distinción entre Derecho escrito y Derecho no escrito, no atiende a la circunstancia de que las normas constasen o no por escirto, sino a su forma de elaboración. Así, las elaboradas por el poder público, comicios, senado, magistrados, emperadores, era ius scriptum, estuviesen o no escritas, aunque como es natural normalmente lo estaban. En cambio las normas surgidas de la costumbre, como aquellas resultantes de la interpretación de los juristas (jurisprudencia) fueron ius non scriptum.

5) ***Ius commune y ius singulare:*** Los preceptos jurídicos se formulan como principios o reglas generales; pero en ciertos casos la justicia exige que se tengan en cuenta situaciones o circunstancias especiales en las que aplicar la regla general no sería equitativo. Para tales casos se dictan normas particulares que son como una desviación del principio general, una excepción o derogación de éste. Así por ejemplo, la admisión y eficacia de las donaciones, era en el Derecho romano una disposición de ius commune; pero la situación especial en que se encuentran los cónyuges hizo temer que se produjeran situaciones de engaño o coacción, y por tal razón se prohibió las donaciones entre cónyuges, precepto que tiene el carácter de ius singulares.

[5] La primera corresponde a la de Derecho objetivo y derecho subjetivo.
[6] Ello sin perjuicio de que además tiene otras acepciones.

El Proceso y la Relación Jurídica Procesal

La palabra proceso aunque latina no fue nunca una expresión típica del litigio romano.

Se trata de un vocablo moderno, tal vez acuñado e introducido en el lenguaje jurídico por los pandectistas del derecho canónico.

Los romanos alejados de construcciones teóricas, no definieron lo que debía entenderse por proceso. Modernamente –y dejando de lado las discusiones en torno a su naturaleza jurídica- el ***proceso*** es entendido como el conjunto de actos de carácter procesal, que se desarrollan entre la interposición de la demanda y la dictación de la sentencia, ordenados por la ley que va reglamentando su realización.

El proceso romano, se caracterizó por ser eminentemente formalista y ritualista. Así se nos presenta en la época del Derecho Arcaico, plagado de formalidades y rituales obligatorios que nunca se acabaron de superar del todo. Ni siquiera siglos después cuando, el litigio quedó sometido a las normas ofrecidas por el propio Estado pudo desprenderse de toda su carga formal.

Este cuidado y atención por lo formal explica la naturaleza del Derecho procesal como un ordenamiento peculiar que se centra sobre todo en la forma.

El propio Gayo, al estudiar las acciones de la ley, no puede menos que criticar su exagerado formalismo y nos dice que éstas fueron haciéndose cada vez más odiosas hasta le punto de poder perder el litigio quien tuviera la mala fortuna de equivocarse en lo más mínimo. En el año 342 una Constitución Imperial, derogó el viejo procedimiento formulario, aduciendo como razón principal precisamente su excesivo ritualismo.

La Relación Procesal

Es el vínculo, también de naturaleza formal, que une a dos o más personas que acuden al proceso. Dicho vínculo, nacido en el momento en que se inicia el litigio, califica al demandante como actor y al demandado como reo, sometiéndose ambos a las normas propias y específicas del ordenamiento litigioso. Esta relación procesal, autónoma y con vida jurídica propia se despliega por encima y con independencia de la relación básica que constituye la causa, por la cual se litiga. Incluso, dado su carácter esencialmente formal, podría darse el caso de una relación procesal puramente ficticia, en donde ni siquiera hubiera entre las partes un litigio real.

Así, ocurre por ejemplo en la in iure cessio, en donde los litigantes puestos previamente de acuerdo, utilizan la mecánica procesal con fines distintos de los normales del proceso; desempeñando titular del derecho y el adquirente la calidad de procesal de actor y reo, logrando así una transmisión iure civile, sin necesidad de tener que acudir a la complicada mancipatio.

En este vínculo jurídico intervienen dos elementos típicos y diversos en los cuales se basa su especial naturaleza. Uno de ellos de carácter privado, que estaría constituido por el interés particular que se intenta dilucidar y que viene representado por la ***acción*** y otro de aspecto más público y estatal llamado ***jurisdicción.*** Ambos representan los dos grandes principios motores del proceso, los dos intereses en juego: el del actor para lograr el reconocimiento o la reparación de su derecho y el del organismo estatal con su creciente intervencionismo en la administración de la justicia.

La acción, elemento privatístico y la jurisdicción elemento público en el Proceso romano

Celso nos dice que la acción es el derecho de cada uno a perseguir en el litigio lo que se le debe.[7] El concepto de acción que se desprende de la definición de Celso es eminentemente privatístico al predominar en él sobre todo el elemento particular: la recuperación del propio derecho, como lo más importante y significativo. En el sistema procesal del Derecho Romano clásico conocido con el nombre de *ordo iudiciorum privatorum,* y aún cuando se dan en él los dos elementos o principios del proceso –a los que nos referimos más arriba: acción y jurisdicción- predomina muy claramente el aspecto privado representado por la acción. En este período, cada derecho se tipificaba y se hacia peculiar, porque cada uno de ellos tenía su propia acción.

Más tarde, durante el bajo imperio romano, con el paso del *ordo iudiciorum privatorum a la cognitio extraordinem,* se produce un cambio y el proceso comenzó a configurarse según los esquemas modernos. En cierto modo, la acción queda reducida a una pura puesta en marcha del organismo jurisdiccional, a fin de conseguir con ella la reparación de un derecho subjetivo lesionado. En otras palabras en este período predomina el elemento jurisdiccional del proceso.

La protección jurídica[8] es función del Estado. La serie de trámites y formalidades que encauzan esta tarea estatal es lo que llamamos hoy día procedimiento. En Roma, la actividad desplegada por los órganos públicos en cumplimiento de esa función tutelar constituye la *iurisdictio* y la facultad que reemplaza a la de emplear la fuerza individual es la *actio.* En este sentido, la acción se presenta como un medio o poder de petición de amparo que dirige el particular "hacia" el Estado. O sea, la acción en este último sentido corresponde al sentido que le dan las fuentes en el período bajoimperial: un sentido formal. Para los clásicos en cambio, la acción tenia un sentido material, equivalente a lo que en la técnica moderna se llama "pretensión", o sea, como decíamos más arriba, como el derecho a reclamar algo, la facultad de poder lograr de alguien una prestación activa o una abstención.

La acción y Derecho Subjetivo

Modernamente la posibilidad de entablar una demanda aparece como algo ligado naturalmente al derecho subjetivo, casi como una consecuencia inmanente del mismo. La acción es más bien una figura o concepto abstracto o vehículo procesal, que nos permite hacer valer jurídicamente una pretensión o derecho subjetivo.

Para los romanos la cosa era distinta. El derecho a litigar o el derecho a la acción, no era simplemente la consecuencia natural de la pretensión o existencia de un derecho subjetivo, sino que tal posibilidad existía cuando, respecto de aquel supuesto derecho subjetivo, hubiera concedida una acción. El ordenamiento jurídico romano, carece de una concepción abstracta y general de la protección jurídica procesal; cada interés o derecho subjetivo únicamente hallará amparo judicial en tanto se le haya creado y señalado para ello una actio. Cada actio es una figura autónoma, exigiendo cada una de ellas determinados supuestos jurídico-privados.
En resumen, sólo es posible hacer valer una pretensión o derecho subjetivo, si se dispone de una acción para tal caso.

---

[7] Digesto. 44.7.51.
[8] Superada la autotutela.

Epocas a distinguir en la historia del Procedimiento Romano

Históricamente el procedimiento civil presenta dos épocas perfectamente diferenciadas. A la primera se le designa con el nombre de ***ordo iudiciorum privatorum*** y a la segunda más tardía y breve, se le conoce con el nombre de ***cognitio extraordinem.***

Dentro del ordo iudiciorum privatorum, encontramos a su vez, dos subperíodos:

a) El procedimiento de las legis actiones o acciones de la ley, que se extiende hasta el año 4 a.c. en que es derogado por la leges Iulia.
b) El procedimiento formulario o agere per formulas, cuya oficialización data del año 130 a.c. con la Lex Aebutia, se extiende hasta el año 242 d.c. en que fue derogado.

La cognitio extraordinem, por su parte se inicia ya con Augusto y llega hasta el final de la evolución del Derecho Romano.

Conviene sin embargo, tener presente que el paso de un sistema procesal a otro, no se hace en fecha fija a partir de la cual cesa en absoluto el que venía rigiendo y es totalmente sustituido por el nuevo. Hay períodos intermedios de subsistencia de los dos sistemas.

El ordo iudiciorum privatorum: Características comunes tanto a las acciones de la ley como al procedimiento formulario.

1) Aun cuando no todos los romanistas están de acuerdo, se puede observar, que no obstante la presencia cada día más clara del elemento jurisdiccional dentro del proceso romano, la acción se manifiesta siempre, tanto en las viejas legis actiones como en el agere per formulas, como el elemento más importante y característico.
2) La segunda característica común a ambos procedimientos, se refiere a la trascendencia que en todo el ordo iudiciorum privatorum manifiesta la ***litis contestatio***, verdadero punto neurálgico del litigio y eje central de toda su tramitación y por medio de la cual, las partes se sometían voluntariamente al futuro resultado judicial todavía incierto.
3) La tercera característica y sin duda la más representativa y básica radica en la bipartición o división del litigio en dos fases: a) La fase ***in iure***, que constituye propiamente el inicio del litigio, está presidida por el magistrado iusdicente, auténtico representante del poder político y del interés público que todo proceso de algún modo lleva implícito. En esta fase se concreta el asunto litigioso, la pretensión del actor y la vía procesal adecuada, según los casos. b) La fase ***apud iuidcem***, segunda parte del litigio, era presidida por el iudex, cuyo carácter difiere de los jueces actuales y en el cual debía producirse la prueba de los hechos, como base para la futura sentencia.

Ambas fases, esto es, in iure y apud iudicem se encuentra separadas por el contrato procesal o acuerdo de voluntades de nominado litis contestatio.

4) En materia de prueba el sistema que rige es el de la libre convicción: esto es, las partes pueden aportar los medios de prueba que estimen convenientes y el juez les da valor, de acuerdo a su libre convicción.
5) En contra de la sentencia no existen recursos, sino que solamente los denominados remedios contra la sentencia, que tienen un carácter indirecto, no constituyen una segunda instancia, además no existe una jerarquía superior de tribunales ante los cuales entablarlos.

El principio formativo del proceso es de la oralidad, los trámites escritos constituyen la excepción.

Notas diferenciales y propias de cada uno de los dos modos de litigar en el ordo iudiciorum privaturum

1) El sistema procesal de las legis actiones, como sucede con todo el ordenamiento romano arcaico, fue entendido de modo nacionalista y propio, al igual que la religión la estructura familiar, el lenguaje, etc. Esto es, el pueblo romano entendió que todo el sistema de ritos y palabras, formalistas y ritualistas podía ser utilizado sólo por los propios quirites o ciudadanos romanos. En cambio, el procedimiento formulario nació ya con un signo mucho más universal, donde esta idea nacional y exclusivista había quedado totalmente superada por una sociedad múltiple y variada que exigía un tipo de proceso que fuere para todos.
2) Otra diferencia esta representada por sus distintas exigencias formales. Así mientras que las acciones de la ley presentan un formalismo rígido y peligroso, precisamente por su carácter eminentemente sacral, el procedimiento formulario exige requisitos de forma más técnicos. Esto no significa que los litigantes no tuvieran que someterse al cumplimiento de una serie de actos procesales, pero éstos, como veremos, no tenían un carácter puramente formal, sino el propio de cualquier organización cuya finalidad es otorgar seguridad jurídica y garantía a las partes.
3) Por último, las acciones de la ley se nos presenta, dentro de su arcaismo, como un sistema pobre de acciones y el procedimiento formulario aparece ya desde sus orígenes con un gran espectro de posibilidades y vías procesales propias.

El Procedimiento Cognitorio o cognitio extraordinem

1) Su característica más relevante radica en que se desenvuelve en una sola etapa, ante un juez funcionario que conoce los hechos, recibe la prueba y dicta sentencia. No interviene por tanto, aquel iudex privatus, que sin duda fue los más típico y representativo del proceso clásico. Por esta razón podría decirse que con el procedimiento cognitorio romano, se pierde para siempre su tradicional carácter privado.
2) Prevalece de modo claro y para siempre el carácter público del proceso, siendo por ello la jurisdicción y la presencia del poder político su nota más peculiar.
3) Por lo mismo, se pierde por completo la clásica tipicidad de las acciones. Así, mientras que en el litigio clásico, la acción era un verdadero modulo procesal bajo cuyo valor y tutela se fraguaron los distintos derechos subjetivos, ahora, por el contrario la acción queda reducida a una petitio, o sea a una mera reclamación procesal ante la organización jurisdiccional.
4) Finalmente, la litis contestatio ya no existe, ahora toda la fuerza vinculante no va a radicar ya en este acuerdo procesal de las partes, sino ésta recae en la sentencia.
5) En cuanto a la prueba el sistema que rige es el de la prueba reglada, es decir, son las constituciones imperiales las que establecen cuales son los medios de prueba que se pueden hacer valer en juicio y el valor que el juez debe asignarle a cada medio de prueba.
6) Como principio formativo del proceso rige el principio de la escrituración, constituye los trámites orales la excepción.
7) En cuanto a la sentencia, existen recursos para atacarla, especialmente el de apelación. Existe por tanto, una jerarquía de tribunales, cuya última instancia esta representada por el emperador.

Los Magistrados y los jueces en el litigio romano

Los órganos encargados de administrar justicia en Roma, fueron variando según la época. Mientras rigió el ordo iudiciorum privatorum, estos órganos son de dos clases, siguiendo la división propia del pleito: por un lado los magistrados, autoridades dotadas de iurisdictio que actuaban en la etapa in iure, como órgano estatal, y por el otro, los iudices, que intervenían en la fase apud iudicem y estaban encargados de apreciar la prueba y sentenciar.

Los magistrados: época antigua y clásica

En la primitiva civitas, la iurisdictio, como todos los demás aspectos del poder público, se concentraba en el rey. Ante él personalmente o ante delegados suyos, se celebraba la fase in iure del proceso. Desde la alta República, fueron los cónsules quienes tuvieron adjudicada la concreta misión de dirigir los litigios. Dicha labor recaía también en magistrados extraordinarios que en ciertos períodos de tiempo los suplantaban, tales eran: el interrex, dictator, decemviri legibus scribundis y tribuni militum consulari potestate.

Coincidiendo con el acceso de la plebe al consultado, se creó por las leyes Licinias en el año 367 a.c., como órgano específicamente jurisdiccional, una magistratura urbana, la pretura.[9]

El pretor o mejor dicho los pretores, ya que fueron aumentando en número a medida que fue creciendo la expansión urbana de Roma, desempeñaron en la urbe la función jurisdiccional solamente en aquellas controversias que se plantearon entre ciudadanos romanos y en Roma. Dada la naturaleza esencialmente nacionalista del proceso romano, el magistrado encargado de los litigios, al menos en principio, no podía desplegar su jurisdicción más que inter cives[10]. Para superar esta dificultad se creó años más tarde, en el 242 a.c. una nueva magistratura, el pretor peregrino, para poder dirimir los litigios entre ciudadanos romanos y extranjeros y entre peregrinos. Igualmente y también dentro de Roma fueron magistrados aptos, al menos para ciertas competencias especiales en aquellos litigios que afectasen a las transacciones de los mercados romanos, los ediles curules, que al igual que los pretores, publicaban anualmente su edicto para anunciar las acciones propias de su jurisdicción, que podían ser solicitadas por los litigantes.

[9] Esta pretura como collega minor de los cónsules, fue dotada con un poder político idéntico al de éstos últimos, por tal razón ni la especialización ni la atribución de funciones tuvieron por qué transformar la naturaleza peculiar de la iurisdictio.

[10] Este modo tan cerrado de entender la constitucionalidad del proceso, llevó a los romanos a acudir a los más curiosos expedientes para poder abarcar bajo su jurisdicción a los no ciudadanos. Tal papel cumplieron por ejemplo los diversos foedera o pactos con los que a partir del foedus cassianum (hacia el 500 a.c.) fue ampliando Roma su estricta ciudadanía, al menos con concesiones parciales para que los no romanos pudieran utilizar su aparato jurisdiccional.

Los municipia y las coloniae

En teoría son, en cierto modo, barrios destacados de Roma, en los cuales hubo necesidad también, de organizar la jurisdicción competente para atender los litigios. Así, tanto los municipios itálicos como las colonias romanas, contaron con sus propios magistrados a escala local. Las leges municipalis y coloniae, determinaban la naturaleza política de los distintos grupos humanos, el territorio, los magistrados con sus respectivas competencias, así como los derechos públicos de que podían gozar sus habitantes. El papel del senado los cumplía en el municipio el ordo decurionum que al modo de asamblea rectora debía reunir un cierto número de colegidos, existiendo también una asamblea general, a la que podían asistir todos los habitantes mayores de edad.

Igualmente, también en los municipios republicanos existieron, como en roma, unos magistrados semejantes a los de la urbe, tanto en lo que se refiere a las características generales de gratuidad, colegialidad y temporalidad, como en todo lo relativo a nominación y competencia: existieron así las tradicionales parejas de magistrados[11] - si bien en número menor- abarcando a la vez las funciones que en Roma eran propias de los cónsules y los pretores. Entre ellos tenemos a los duoviri, parejas de magistrados que en algunos casos llegaban a ser cuatro, quattuorviri, magistrados locales con competencia limitada en cuestiones de cierta cuantía, sin embargo, por ser detentadores de auténtica jurisdicción, estos magistrados locales recibían el calificativo de duoviri iuredicundo, ya que al igual que los pretores, su misión consistía precisamente en eso: en un ius dicere. Los magistrados municipales, al igual que los pretores preparaban y presidían los litigios en la fase in iure.

Encontramos también a nivel municipal y colonial a los delegados del pretor llamados praefecti iure dicundo, que por ser nombrados por el propio pretor romano, gozaban de una competencia análoga a la del magistrado delegante.[12]

En las provincias encontramos a los gobernadores o praeses, encargados de organizar y dirigir la primera parte del proceso. También estos publicaban, al inicio de su mandato, un edicto a semejanza de los pretores. Se caracterizaban porque antes de su nombramiento habían sido pretores o cónsules; tenían su residencia en la ciudad más representativa de la provincia, pero además eran itinerantes, dentro de su respectiva demarcación. Este tipo de organización, fue la propia de la provincias senatoriales, de mayor antigüedad en la romanización y en vinculación republicana. Cuando aparecen las provincias imperiales, menos pacíficas, la jurisdicción fue ejercida por medio de delegados del príncipe, que cumplían su misión mucho más libremente que en las provincias senatoriales.

---

[11] Siempre fue curiosa y no ausente de cierto misterio esta tendencia binaria en la magistratura antigua y clásica.

[12] La ley Petronia, autorizó al senado a nombrar los praefecti iruidicundo, si la designación no hubiese sido facilitada por los decuriones del municipio dentro de los primeros días del nuevo año. Por esta razón a tales prefectos se les designaba con el calificativo de praefecti ex lege Petronia.

<u>Los Jueces su carácter y designación</u>

La segunda parte del juicio (apud iudicem) se desenvuelve algunas veces ante un solo individuo, designado en cada caso (iudex, arbiter); otras ante varios, generalmente tres o cinco, designados también en cada caso (tres arbitri, recuperatores) y otras, ante los miembros de uno de los tres jurados o collegia permanentes (decemviri stlitibus iudicandis, centumviri y tres viri capitales) que tenían como competencia específica determinados procesos.

Los jueces del litigio romano, no se identifican con los funcionarios públicos llamados hoy día a administrar justicia. Los iudices nombrados por las partes, especialmente para cada proceso, fueron personas privadas cuya tarea terminaba en el mismo momento de la sentencia. En un principio sólo desempeñaron esa función los senadores, aunque lógicamente no en cuanto tales, sino simplemente por su propio prestigio e independencia.

No fue, sin embargo, poco importante la misión de juzgar y debió tener una gran trascendencia, a lo menos desde el punto de vista social, ya que una de las más significativas reivindicaciones de las guerras civiles fue precisamente lograr que también, los equites –aquella burguesía enriquecida y no aristócratica que alcanzó grandes cotas en la sociedad romana de la baja república, fuesen igualmente llamados para cumplir la misión de juez en los litigios.

Para la elección concreta del juez privado, encargado de dictar la sentencia, se publicaba anualmente una lista con los nombres de todas aquellas personas que podían desempeñar esa misión. Si los litigantes se ponían de acuerdo inicialmente y elegían a uno de ellos era ya suficiente y sólo quedaba la cuestión de incluir su nombre dentro de la fórmula preparatoria del litigio. Si no había tal acuerdo, se solía acudir entonces a una sortitio, es decir a una elección por sorteo, entre todos los nombres que aparecían en la lista. En todo caso siempre cabía la posibilidad de recusar (impedir que un juez conozca de un asunto y falle por considerar que carece de la imparcialidad para intervenir en él) al juez si se producía una circunstancia que así lo exigiera, por ejemplo vínculo de parentesco con alguna de las partes, amistad o enemistad con alguna de ellas, etc.

La misión del juez aunque respaldada por la iurisdictio, supone una actuación libre no sometida a ningún tipo de limitación. Su misión, solamente tiene la limitación que le impone en cada caso la propia estructura lógica de la fórmula, base jurídica en donde radica su competencia para el litigio. Este deber que no llega a ser nunca jurisdiccional ni puramente jurídico, sino que más bien moral, es al que las fuentes califican de officium iudicis.

Tal vez sea esta peculiar naturaleza de la obligación propia del iudex lo que explica la existencia de una curiosa acción dentro del edicto pretorio, con la cual se podía exigir responsabilidad aún en los casos en que, actuando el iudex dentro de los límites propios de su officium, hubiese producido algún perjuicio a los litigantes. Esta acción que ni siquiera tiene una denominación concreta ya que se le conoce con el nombre de actio si iudex litem suam faceri, podía usarse contra el juez que “hace suya la litis”,

o en otras palabras contra el juzgador que asume la responsabilidad de la propia controversia en que interviene. Según el planteamiento de esta acción se presume que el iudex que perjudica a una de las partes, con su actuación incluso no dolosa, se hace culpable de tal daño, pudiendo el litigante lesionado exigir al juez una responsabilidad de contenido idéntico al perjuicio que se hubiera producido con la intervención judicial. Lógicamente que frente a una responsabilidad judicial tan exquisita y aquilatada, en donde para el ejercicio de la acción bastaría un mero daño objetivo y no intencional, tuvo que existir como contrapartida una justa salida para los jueces que temiesen producir una lesión de la que luego tuviesen que responder. Para ello, el ordenamiento procesal les permitía siempre que el asunto litigioso no les pareciese suficientemente claro, abstenerse del mismo y de pronunciar sentencia, jurando simplemente tal circunstancia: iurare sibi non liquere.

Los diversos tipos de jueces

a) En primer lugar habría que citar a los decemviri, que en la imprecisa leyenda de las XII Tablas aparecen como legisladores. Tal vez sean estos los jueces más arcaicos del procedimiento romano. De su propio nombre parece desprenderse que actuaban en grupos de a diez.[13]

b) Algo menos arcaicos que igualmente antiguos, son los centumviri, colegio corporativo de jueces, formado por 105 miembros. Naturalmente no asistían todos juntos a un litigio, sino que formarían grupos de 20 ó 30 personas. Los centumviri, fueron el órgano judicial colegiado competente en todo litigio tramitado por la legis actio per sacramentum al haberse conservado durante muchos siglos esta acción para las reclamaciones hereditarias.

c) El iudex y los árbitros. Estos órganos judiciales se dieron en la época clásica. Unas veces se trataba de un unus iudex unipersonal y otras veces, según el tipo de acción tramitada, actuaban en su lugar los árbitros, constituyendo un grupo siempre en número impar. No es muy clara la diferencia que pudo existir entre ambos, sin embargo y así parece desprenderse de un texto de Cierón, cuando en el litigio se reclamaba dinero concreto y cierto, pecunia certa, debía nombrarse un juez único. Por el contrario, cuando la reclamación era incierta, pecunia incerta, debían ser árbitros los juzgadores.

d) Los recuperatores. Constituían un órgano judicial colegiado, que seguramente tuvo su origen en los conflictos surgidos en las relaciones de Roman con las demás ciudades itálicas. Para dirimir y resolver estas controversias se creaba al efecto un tribunal de personas prestigiosas y peritas que pudiesen dictar un laudo (fallo o sentencia) especial para cada supuesto. Los recuperatores empezaron a intervenir además, en los litigios planteados ante el pretor peregrino, en los que para litigar un extranjero con un romano, no fuese factible tramitar el asunto a través de los tribunales ordinarios con sus jueces y árbitos. Al mismo tiempo, los recuperatores aparecen, dentro de la órbita penal en ciertos supuestos delictivos como el crimen repetundarum, típico en todos los casos de soborno y cohecho cometidos por los detentadores de cargos públicos.

---

[13] El hecho de aparecer estos jueces como los legisladores que llevaron a cabo, según la narración Titoliviana la primera codificación legal del Derecho Romano, vendría a ser una prueba que corroboraría la hipótesis de que todo el ordenamiento jurídico tuvo desde sus más remotos orígenes una base eminentemente procesal. Las XII Tablas no serían sino la recopilación de una praxis judicial: un derecho vivo formado por la aplicación de normas consuetudinarias en los más antiguos litigios romanos.

Organos judiciales en la cognitio extraordinem

Como sabemos el pleito se desenvuelve ahora en una sola etapa, por tanto desaparece la distinción entre magistrados y jueces. Los órganos jurisdiccionales en este período son siempre funcionarios públicos, jerarquizados según el siguiente esquema: magistrados municipales, rectores de las provincias (corrector, praeses o consularis) vicarii de las diócesis, los praefecti (urbi, pretorio, annonae, vigilum) y el emperador. En cada una de estas escalas, el órgano jurisdiccional tiene a su cargo el pleito desde el principio hasta el fin. Sin embargo, salvo respecto de los magistrados municipales, dicha función podía ser delgada, delegación que normalmente recaía en abogados de confianza del juez. Estos delegados se denominaban iudices, palabra que tiene en las fuentes bizantinas un significado distinto al clásico; eran éstos los iudices dati o iudices pedanei.

Las partes en el litigio y su representación

Como sabemos las partes en un pleito se denominan demandante y demandado. En el primitivo sistema procesal de las legis actiones, los litigantes estaban obligados a comparecer personalmente –tanto en la fase in iure como apud iudicem- ya que en general, no existió la representación. Unicamente se exceptuaban algunos casos enumerados por Justiniano en las Institutas:

1) Pro tutela: Esta representación tenía lugar cuando un ciudadano romano cualquiera, sospechando que el tutor malversaba los fondos del pupilo, acudía al litigio para defender sus derechos.
2) Pro libertate: Esta forma de representación se da siempre que una persona exige procesalmente el cumplimiento de una manumisión fiduciaria. Este tipo de manumisión indirecta –muy frecuente en los testamentos romanos- tiene lugar cuando el testador ordena al heredero que sea él quien realice la operación de manumitir al esclavo por un acto inter vivos. Si el heredero no cumplía, cualquiera lo podía obligar procesalmente, asumiendo necesariamente el papel de actor por carecer el esclavo de la necesaria capacidad litigiosa. Dada la frecuencia de este tipo de manumisiones fideicomisarias existía, el llamado adsertor o defensor libertatis, que cumplía esta misión de reclamar la libertad de los esclavos.
3) Pro populo: Se litiga pro populo en todos aquellos casos en que el interesado es el pueblo romano. En estos litigios a favor o en contra de la organización estatal, la única forma de actuar procesalmente era a través de la representación.
4) Ex lege Hostilia; La lex Hostilia permitió excepcionalmente litigar en nombre ajeno, a favor de los ausentes sólo por razones bélicas, ampliándose más tarde a otras ausencias por motivos políticos. Además, esta representación era muy concreta ya que se limitaba exclusivamente a los casos en que el ausente hubiera sido víctima de un futum (hurto). Más tarde, la interpretación jurisprudencial extendió este supuesto inicial al caso del hurto sufrido por un menor, cuando quien estuviera ausente fuera el tutor de éste.

El cognitor y el procurator

En la época del procedimiento formulario nos encontramos con dos tipos de representantes procesales:

1) El cognitor, cuya designación debía cumplir con dos requisitos: debía ser certis verbis, es decir solemne y cumpliendo un concreto rito oral y además coram adversario, es decir frente a la otra parte litigante. El cognitor al ser nombrado de tan solemne modo, se hacía realmente parte litigante, marginando en cierto modo al dominus litis, actor o reo representado, que empezaba a desempeñar un papel secundario a partir de la designación. Tanto el actor como el reo podían nombrar un cognitor.
2) El procurator, que era primitivamente el administrador general de toda casa romana acomodada, el cual por el sólo hecho de su administración podía representar al paterfamilias. Esta segunda y más moderna manera de representar procesalmente, ofrece una tipicidad muy distinta y en parte contraria a la del cognitor. También cabe aquí la posibilidad de nombrar procurator tanto por parte del actor como del reo, pero a diferencia de lo que sucedía con el cognitor, no era necesario ni un nombramiento solemne con palabras concretas, ni siquiera que en el acto de la designación estuviera presente la otra parte litigantes. Cabría incluso la posibilidad, dada la enorme facilidad de su designación de un procurator absente vel ignorante domino, es decir, un representante que acudiera espontáneamente a litigar alieno nomine y que ni siquiera el interesado, dominus litis, tuviera noticia de esa intervención procuratoria.

Al procurador del demandante se le exigía una fianza, llamada cautio de rato. La razón de tal exigencia era que la designación del procurator siempre resultaba más incierta que la del cognitor, y además dada la defectuosa manera de concebir la representación, el procurator no agotaba la actio del representado, el cual podía intentarla nuevamente por sí mismo; había por tanto que asegurar al demandado contra este peligro.

Posteriormente, la jurisprudencia clásica fue asimilando al cognitor a ciertos procuratores, por ejemplo el de un dominus presente, el registrado en un protocolo, el confirmado por carta, etc y; respecto de los cuales se consideró improcedente la exigencia de la cautio de rato. Fue así como se llegó a la regla general de que todo procurator investigo por un mandato consumaba la actio del dominus, como si la hubiese entablado este mismo, haciendo siempre innecesaria en tal caso la cautio referida.

Cuando el que litigaba por representación era el demandado, el demandante exigía también una fianza para asegurar los resultados del juicio: la cautio iudicaum solvi. La prestaba el demandado mismo, si el representante del que se valía era un cognitor, o el procurator, cuando se trataba de esta forma de representación. Sí además, la responsabilidad asumida se reforzaba con fiadores se hablaba de satisdatio iudicatum solvi.

La representación judicial, no es en principio directa o inmediata. La actio iudicati, medio esencial para la ejecución de la sentencia, se daba primitivamente a favor o en del representante, no del representado. Los actos necesarios para el traspaso de los efectos del pleito a este último eran extraños y posteriores al proceso. Tal sistema primitivo fue también

modificado, y el traspaso se operó dentro del ámbito procesal, en virtud de las medidas tomadas por el pretor, el cual denegaba la actio iudicati a los representantes o contra ellos y la concedía como actio utilis a favor o en contra del representado.

El derecho justinianeo, el cognitor ha desaparecido. Queda sólo el procurator, y en el Corpus Iuris han sido interpolados todos los textos clásicos que se referían al primero.

LAS ACCIONES DE LA LEY

Introducción

Para el estudio de las legis actiones hay que acudir sobre todo a Gayo que en libro 4 de la Instituta, nos habla de estas vías procesales de la antigüedad romana, a modo de introducción general de su esa parte de su obra, dedicada al proceso.

Estas acciones que estaban como dice Gayo en uso entre los antiguos, se llamaban así porque nacieron de la ley, pues aún no existían los edictos del pretor, de los que luego han salido tantas acciones. Estas vías litigiosas de la antigüedad romana, de orígenes tan difíciles de precisar, fueron posiblemente la creación de un ordenamiento arcaico que trataba con esfuerzo de ir desplazando la primaria venganza privada.

Cinco son las acciones de la ley de las que nos habla las instituta. De ellas tres eran acciones declarativas[14]:

1) Legis actio per sacramentum (in rem e in personam).(Acción de la ley por apuesta sacramental, real o personal).
2) Legis actio per iudicis arbitrive postulationem. Acción de la Ley por designación de juez o árbitro.
3) Legis actio per condictionem. Acción de la ley por emplazamiento.

Las dos restantes eran acciones ejecutivas[15]:

1) Legis actio per manus inectionem. Acción de la ley por imposición de la mano.
2) Legis actio per pignorem capionem. Acción de la ley por toma de prenda.

Características de las acciones de las legis actiones

1) Exclusivismo ciudadano: Estas vías litigiosas no podían ser utilizadas más que por los ciudadanos romanos y para defender derechos subjetivos del viejo ordenamiento quiritario.

[14] En las acciones declarativas sólo se solicita al órgano jurisdiccional una mera declaración o explicitación, sobre la existencia de un derecho que se discute o bien que ponga fin a un estado de incertidumbre entre dos personas.

[15] Las acciones ejecutivas, en cambio, persiguen que se condene al demandado a que cumpla una obligación La acción ejecutiva exige necesariamente la existencia de un título ejecutivo, es decir de un antecedente donde conste de manera indubitada la existencia de una obligación líquida, actualmente exigible y no prescrita El título ejecutivo por excelencia lo constituye una sentencia en un juicio declarativo.

2) Pobreza de figuras: Dentro de este sistema procesal, sólo era posible litigar de cinco modos. Esta pobreza no sólo se manifiesta en la escasez de vías procesales, sino sobre todo en el hecho de que aparecen además, notablemente indiferenciadas, sin la tipicidad ni las notas específicas que caracterizan a las acciones clásicas.

3) Formalismo: Como sucede en general con todo el derecho arcaico, el ordenamiento procesal se caracterizó por ser exageradamente formalista, sacral y ritualista, apoyado siempre en la tradición y en el respeto a las mores maiorum.

4) Todas ellas, salvo una, la legis actio per condictionem (que fue reglamentada por las leyes Silia y Calpurnia) están reglamentadas por la Ley de las XII Tablas.

La tramitación previa de las acciones de la ley

Los actos preparatorios del proceso han existido siempre y en todas las épocas, pero lógicamente en el proceso arcaico tuvieron que ser pocos y muy breves. Gayo, en las Institutas no nos dice cuales pudieron ser esos trámites previos en las viejas acciones de la ley. Sin embargo, extrapolando retroactivamente todo aquello que dentro del proceso clásico aparece como más arcaico, rígido o dotado de un cierto tono sacral, podemos llegar a una reconstrucción bastante cercana a la realidad.

La in ius vocatio o citación

La in ius vocatio es la citación de carácter extrajudicial, que el futuro demandante hace al futuro demandado, para que se presente a la etapa in iure ante el magistrado.

La citación fue en su origen un verdadero llamamiento ritual, no desprovisto de cierto carácter sacral o religioso. Este llamamiento de palabra (vocatio) que, podía ser hecho en cualquier lugar –menos en el domicilio del futuro demandado- y sin sujeción a fórmula alguna, lo dirige el que quiere demandar a aquel a quien quiere demandar para que acuda con él ante el magistrado (in ius). Esa vocatio in ius que conservaba todavía en el proceso formulario las antiguas palabras rituales[16], fue perdiendo su arcaico sentido mágico-sacral a causa del proceso general de secularización jurídica, pasando a cumplir simplemente el papel de citación jurisdiccional necesaria para que el litigio se tuviera por comenzado.

Una vez llevada a cabo la solemne ceremonia de la citación, el reo no tenía otra posibilidad, si quería evitar el ser llevado por la fuerza, después de llamar testigos aptos para dar fe de lo sucedido (antestatio); que acudir inmediatamente al litigio o bien presentar un vindex que garantizara la futura comparerencia del vocatus.[17]

En resumen, frente a la citación el demandado podía asumir alguna de las siguientes actitudes:

---

[16] Estas palabras rituales podían ser “in ius te voco” o bien “eamus in ius”, etc.

[17] El vindex no era propiamente un fiador; no garantizaba o respaldaba la obligación del vocatus in ius, sino que lo reemplazaba, constituyéndose en una especie de rehén. Este parece haber sido su carácter al menos en el Derecho más arcaico. Tal vez por eso también, las XII Tablas se preocuparan de que tal “rehén” que en definitiva respondería de la comparecencia del reo fuese de la misma clase social que éste o con unas posibilidades económicas semejantes.

1.- Comparecer voluntariamente.
2.- Otorgar un vindex que garantizara su futura comparecencia.
3.- O, en caso de no concurrir voluntariamente, ser llevado por la fuerza ante el Magistrado.
Existen sin embargo, personas que no pueden ser citadas contra su voluntad, así ocurre por ejemplo, con los magistrados con imperium; los pontífices durante los sacrificios; el novio durante la celebración del matrimonio; él que esta asistiendo a un funeral, etc.[18] Por otra parte hay personas que para ser citadas por el demandante, éste debe obtener una autorización del magistrado, tal es el caso del liberto que pretende demandar a los parientes de su patrono.[19]

Esta forma de citación subsiste en el procedimiento clásico, sin embargo más suavizada, ya que si el in ius vocatus no comparece ante el magistrado ni presenta fiador, se ejercita por el requirente una acción especial, la manus iniectio vocati, concedida para tal efecto por el pretor.

Una vez las partes ante el magistrado, e indicada la pretensión por el demandante, se comprometían a comparecer otro día para comenzar el pleito. Esta promesa se llamaba vadinomium, porque primitivamente el demandado la aseguraba con fiadores que se denominaban vades. Tal acuerdo de comparecer en un día determinado podían también determinarlo las partes sin ir ante el magistrado, y este vadinomium extrajudicial se fue generalizando como medio de citación más simplificado, puesto que no necesita in ius vocatio previa.

Al generalizarse el procedimiento extra ordinem aparece una nueva forma de citación. El acuerdo oral o vadinomium es reemplazado por una invitación escrita del demandante al demandado, llamada litis denuntiatio, entregada al principio privadamente, pero que desde Constantino se anotaba en un registro público.

Por último, en el Derecho Justinianeo la citación se llevaba a cabo por medio del libellus conventionis, documento que contiene un extracto de la pretensión del actor y que éste presentaba, no directamente al demandado, sino al magistrado, el cual lo enviaba a aquél por un funcionario a sus órdenes (excecutor), el que tomaba algunas medidas aseguratívas, recogiendo del demandado una especie de acuse de recibo, en el que el requerido manifestaba su propósito de seguir el pleito (libellus contradictionis).

La editio actionis

El derecho a la defensa o bilateralidad de la audiencia, que se encuentra consagrado actualmente en nuestra Constitución, tiene su origen en esta institución, que surge en la época del procedimiento formulario y que se expresa a través del aforismo jurídico "auditiatur et altera pars", esto significa que toda pretensión, alegación o actuación de una parte debe darse conocimiento a la otra, a fin de hacer posible su contrapretensión

[18] Ulpiano, Dig. 4,6,262 y Dig. 2,4,2)
[19] Dig. 2,4,4,1.

contra alegación o contraactuación, de modo que nada se resuelve en el proceso, sin haber escuchado a ambas partes.
La editio actionis, implica que al comenzar el demandante el juicio deberá comunicar al demandado la actio o pretensión que va a interponer en su contra, y reproducirla (la editio actionis) nuevamente cuando las partes comparecen ante el magistrado.

Así en D.2.13.1 Ulpiano libro 2 en el Edicto: "El que pretende poner demanda debe exhibir su acción, porque es justo que la manifieste el que pide, para que por ella conozca el reo si debe ceder o litigar, y si juzga que ha de litigar, venga instruido para defenderse, vista la acción con que es reconvenido.

A través de la editio actionis, el demandante solicita ante el órgano jurisdiccional la vía litigiosa adecuada ¿Qué actitud podía asumir el magistrado? El magistrado podía conceder o denegar la acción, esto último se denomina denegatio actionis y ello ocurriría por ejemplo, frente a la falta de capacidad o legitimación de los litigantes o de jurisdicción del órgano encargado de tal función; o bien cuando se trataba de un asunto litigioso ya tramitado en otro litigio anterior, ya que desde muy antiguo la regla non bis in idem (algo así, como nunca dos veces por la misma causa) fue conocida por los romanos

<u>Posturas del reo frente a la pretensión del actor</u>

Presente las partes ante el Magistrado, y una vez concedida la acción, el demandado podía:

1.- Reconocer como cierta y fundada la pretensión del demandante, produciéndose una confessio in iure. Por ejemplo, el demandante dice ser, de acuerdo al derecho de los quirites, dueño del esclavo estico y el demandado contesta: si el es el dueño. En este caso, como el demandando se ha allanado a la pretensión del demandante, no hay juicio y el asunto termina allí.

2.- Negar el derecho del actor, iniciándose entonces el litigio. Esta postura que fue sin lugar a dudas, la actitud más normal del reo recibe el nombre de infitiatio.
3.- Una tercera postura es la no comparecencia del reo, (una vez citado). Ahora bien, los efectos de la no comparecencia o indefensio del demandado, son en la época antigua y clásica profundamente distintas a lo que ocurría en la cognitio extra ordinem. Ni en el procedimiento de las legis actionis ni en el formulario, existe en la fase in iure lo que los procesalistas modernos llaman proceso contumacial o en rebeldía. La colaboración de las partes es imprescindible, y sin ella no hay litigio. Si el demandado no comparecía o no se defendía, el pretor autorizaba la toma de posesión de sus bienes por el demandante o entregaba a éste la cosa litigiosa.

La falta de cualquiera de las partes, ocurrida ya en la fase apud iudicem, implicaba necesariamente que el juez debía fallar a favor de la parte presente.

En el sistema procesal extraordinem, existe en cambio, pleito contumacial y el magistrado puede, por tanto, fallar a favor del indefensus si estima injusta la pretensión del demandante.

La tramitación del pleito y la ejecución de la sentencia en la época de las "Legis Actinis".

Como hemos repetido incansablemente, el pleito se dividía en dos fases: una in iure ante el magistrado y otra apud iudicem, o ante el juez o árbitro. Dijimos también que las tramitaciones posibles eran cinco: tres declarativas[20] y dos ejecutivas[21].

La tres acciones declarativas.

1.- La legis actio per sacramentum

Gayo nos dice que esta acción tuvo carácter general, es decir, debía usarse en todos aquellos casos en que la ley no dispusiera algo diferente. La legis actio per sacramentum tenía dos variantes:

a) In rem: que tenía por objeto reclamar cosas o derechos sobre ellas (derechos reales) por ejemplo el dominio o propiedad sobre alguna cosa e,
b) In personam: que tenía por finalidad exigir algo de alguien (derecho personal o de crédito).

En el primer caso (in rem) presentes las partes ante el magistrado, había como un simulacro de lucha entre ellos. Ambos litigantes en presencia del magistrado afirman, sucesivamente o al mismo tiempo, su derecho sobre la cosa, que debe estar presente, o si esto no es posible, o sobre algo que la representara por ejemplo una teja de la casa. Ambas partes, hacen el gesto de aprehenderla y pronuncian las palabras solemnes, que Gayo cita tomando como ejemplo la reivindicación de un esclavo: digo que este esclavo es mío de acuerdo al derecho de los quirites; de acuerdo con su causa, así como lo he dicho lo reivindico de ti y enseguida tocan la cosa con una varilla (festuca). Los dos litigantes deben actuar pronunciando exactamente las mismas palabras y haciendo los mismos gestos: no le basta al demandado negar. En seguida el magistrado ordena a los litigantes que ambos suelten la cosa. Entonces uno de los litigantes pregunta al otro: te pido que digas porque causa has reivindicado y el otro contesta: yo creé el derecho a reivindicar.

En ese momento se produce lo más característico de esta acción, esto es, la apuesta sacramental, que es una apuesta de dinero de 50 ases si la cosa vale hasta 1.000 y de 500 si es de valor superior a 1.000, que el perdedor debía pagar al erario. Posteriormente, esta suma sólo se prometía asegurándose su pago con fiadores.[22] El demandante dice al demandado: como tú has reivindicado sin derecho, te desafío a la consagración de 500 ases y la otra parte responde: y yo a ti. Planteadas así las cosas, el

[20] Legis actio per sacramentum (in rem o in personae); legis actio per iudicis arbitrive postulationem y; legis actio per condictionem.
[21] Legis actio per manus inectionem y legis actio per pignorem capionem.
[22] Sponsio.

magistrado atribuye la posesión provisoria de la cosa litigiosa a la parte que la tiene en su poder, estando obligada a dar fiadores que aseguren la restitución de la cosa y sus frutos.[23]
A los 30 días vuelven las partes ante el magistrado para elegir juez y al día subsiguiente se presentan ante éste. Terminaba la fase in iure, con una mutua promesa de presentarse ante el magistrado, para seguir la fase apud iudicem, acompañada de una invocación solemne a testigos (litis contestatio), para que diesen fe de que se había efectuado la tramitación ante el magistrado.

En la etapa apud iudicem, el iudex debe conocer los hechos planteados por las partes en la etapa in iure, recibir la prueba[24] y apreciarla según su libre convicción, luego en su sentencia no dirá quien es dueño de la cosa, sino cual sacramento es el justo y cual es injusto. Con ello termina la misión del juez: ha resuelto el asunto en forma indirecta.

Pronunciada la sentencia por el juez, se pueden presentar dos situaciones[25]:

a) Si es declarado justo el sacramentum de quien tiene la posesión provisoria de la cosa, ésta se transforma en propiedad, quedan libres sus fiadores y la otra parte es deudora del sacramentum al erario.

c) Si por el contrario, es declarado justo el sacramentum de quien no tiene la cosa en su poder, el poseedor provisorio deberá entregar la cosa y si no lo hace, el vencedor podrá iniciar una acción ejecutiva contra él o sus fiadores.

°En el segundo caso, o sea, la legis actio per sacramentum in personam comienza con la afirmación por parte del demandante de su derecho de crédito: "digo que debes pagarme (tal suma), a lo que el demandado responde en sentido congruente; entonces el demandante lo desafía al sacramentum

Si en la sentencia se declara justo el sacramentum del demandante, y el demandado no paga dentro de los 30 días, el actor puede proceder ejecutivamente mediante la manus inectio, siempre que se trate de una suma de dinero. Si es otra la obligación, es menester hacerla evaluar en dinero, es decir, proceder a la aestimatio.

<u>2.- La legis actio per iudicis arbitrive postulationem</u>

Se trata de una acción especial, para los siguientes casos:

a) División de comunidades (actiones familiae erciscundae y communi dividundo).[26]

---

[23] Estos fiadores reciben el nombre de praedes, ya que normalmente solían ser dueños de tierras o praedia.

[24] Enunciaremos como regla general que corresponde probar al que afirma algo.

[25] El juez no esta obligado a dictar sentencia, puede jurar ante los dioses que no ve claro el asunto y solicitar que se le desligue del caso y se nombre otro iudex.

[26] Ejemplo: en una comunidad hereditaria, si uno de los bienes es un esclavo o un caballo, éste no se puede dividir, por lo tanto es juez adjudica a una de las partes el esclavo o caballo a cambio de una asignación de dinero. En otras palabras, el juez adjudica a una de las partes un derecho real (la propiedad sobre el esclavo) y a la otra un derecho personal o de crédito, para que se le pague la asignación y en caso de no poder pagar

b) De fijación de deslindes (actio finium regundorum).

En estos casos, no hay propiamente controversia inicial entre las partes. La ley de las XII Tablas la hace aplicable además a los créditos procedentes de una stipulatio.

Su tramitación que evita el sacramentum, consiste en el caso de que se reclame un crédito, en la afirmación de su existencia por el demandante, con indicación de su causa y, en la negación por el demandado. Entonces el demandante pide al magistrado la designación de un juez o de un árbitro que es nombrado inmediatamente. En los casos de divisiones de comunidades o de fijación de linderos se pide derechamente el nombramiento del juez o árbitro.

Es posible también que esta acción se haya empleado como procedimiento complementario para la aestimatio.

La legis actio per condictionem

Es un procedimiento declarativo especial, sin sacramentum. Fue creada por la ley Silia para el cumplimiento de obligaciones de sumas de dinero y extendida por la ley Calpurnia, a toda obligación que tuviese como objeto una res certa.

En la condictio el demandante afirma la existencia de su crédito e invita al demandado a negar o reconocer su afirmación: digo que tú debes darme 10.000 sestercios: pido que lo reconozcas o lo niegues. El demandado confiesa y entonces se acaba el procedimiento, o bien niega respondiendo non oportere (no debo). En este caso el demandante notifica al demandado que debe volver ante el magistrado dentro de 30 días para la designación del juez, diciéndole: te doy cita.

Las dos acciones ejecutivas

Legis actio per manus iniectionem

Es el procedimiento ejecutivo general. Para iniciarlo es necesario estar en presencia de lo que hoy llamamos título ejecutivo, es decir, un antecedente donde conste de manera indubitada la existencia de una obligación. Tal antecedente fue únicamente, en una primera época, la sentencia que había puesto término a un juicio declarativo y en la que se ordenaba el pago de una suma de dinero. Luego se aumenta la lista de los títulos ejecutivos: las XII Tablas consideran como tal la confesión de una deuda de dinero en la etapa in iure; otras leyes establecen otros casos: el crédito del fiador que pagó, contra el deudor principal (lex publilia), el del legatario de una suma de dinero per damnationem (la más corriente de las formas de legado); el crédito del dueño de una cosa destruida o dañada por otro, en virtud de la lex aquilia de damno. Todos estos casos dan lugar a una manus iniectio que es llamada pro iudicato, para indicar que se trata de una asimilación con la sentencia judicial. Hay otros títulos ejecutivos en que no

---

inmediatamente crea además derechos de garantía, ya que el deudor deberá ofrecer un fiador que garantice su obligación.

juega ya la ficción del pro iudicato, como el del crédito de los herederos contra el legatario que ha tenido una asignación superior al máximo permitido por la ley (lex furia testamentaria), o el caso de quien pide la restitución de intereses usurarios (lex marcia).

El procedimiento de la manus iniectio es el siguiente: pasados 30 días de dictada la sentencia en un juicio declarativo sin que el deudor haya pagado o en los otros casos seguramente pasados 30 días desde que la deuda se hizo exigible, el acreedor lleva al deudor por la fuerza ante el magistrado. Allí pronuncia la fórmula de la manus iniectio y se apodera de la persona del deudor. Gayo nos ha transmitido la siguiente fórmula:[27] pues tú fuiste condenado a pagarme 10.000 sestercios y no me los has pagado, por esto procedo a apoderarme de ti juzgado en 10.000 sestercios. En esta situación el deudor puede pagar y queda libre o puede hacer intervenir a un tercero, llamado vindex, para que ocupe su lugar en el procedimiento y lo defienda o no hacer ninguna de ambas cosas.

Si hace intervenir un vindex el deudor queda libre: el vindex afirma que la manus iniectio intentada por el acreedor contra el deudor es injusta y con esto transforma el procedimiento ejecutivo en declarativo, pero si no puede probar la injusticia es condenado el vindex, a pagar el doble de la suma debida.[28]

Si el deudor a quien le está prohibido defenderse él mismo, no puede proporcionar un vindex o no paga, el pretor pronuncia la palabra addico, entregando la persona del deudor al acreedor: éste lo lleva a su casa y lo mantiene en prisión cargado de cadenas de un peso no menor de 15 libras, proporcionándole una libra de harina al día; todo estos durante 60 días, a cuyo término debe llevarlo al mercado (nundina) tres veces sucesivas y anunciar en alta voz el monto del crédito a ver si alguien paga por el deudor. Si dentro de esos 60 días el deudor o alguien no paga por él o no llega a una transacción con el acreedor, éste lo puede matar o venderlo como esclavo transtiberium. Las XII Tablas contemplan el caso de concurso de acreedores y establecen que si los varios acreedores deciden matar al deudor pueden dividirse el cuerpo del difunto sin que importe la falta de proporción entre los pedazos del cadáver y el monto de los créditos.

La dureza y estrictez de la manus iniectio se dulcificó con el tiempo en dos puntos fundamentales: 1) la prohibición de defenderse el mismo deudor comienza a desaparecer en los casos de las leyes furia testametaria y marcia, es decir, en los casos en que ya no se usa la ficción pro iudicato y luego, por una lex vallia, se exige el vindex sólo en el caso de sentencia y en el del fiador de la lex Publilia y 2) La posibilidad de matar o vender como esclavo al deudor ya ha desaparecido a fines de la república, y está substituida por el derecho de hacer trabajar al deudor en provecho del acreedor hasta que cubra la deuda.

[27] 4,21
[28] El proceso con el vindex se seguirá a través de una nueva legis actio, seguramente sacramenti.

Legis actio per pignorem capionem

Es un procedimiento excepcionalísmo que consiste en el apoderamiento que hace el acreedor de una cosa mueble del deudor, pronunciando las palabras sacramentales, pero fuera de la presencia del magistrado: es por lo tanto una prenda extrajudicial. La pignoris capio tiene lugar sólo en pocos casos determinados por la ley, por ejemplo en los créditos de los soldados contra los que deben proporcionarles el dinero para adquirir alimentos o caballos, y de los publicanos contra los deudores de impuestos.

El efecto de la pignoris capio no es bien conocida: es posible que el acreedor se hiciera dueño de la cosa o que la vendiera para pagarse con su producido.

EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

NATURALEZA Y ORIGEN DE LA FORMULA

El procedimiento formulario recibe tal denominación debido a que su tramitación se lleva a cabo por medio de fórmulas. Se entiende pro fórmula los diversos modelos propuestos por el pretor en el edicto para cada una de las posibles pretensiones del actor. Suelen utilizarse como sinónimo acción y fórmula, sin embargo no son lo mismo, la primera hace referencia a una idea sustantiva y material de defensa de los derechos subjetivos; fórmula en cambio, tiene un sentido formal de vehículo procesal de la acción.

Cuando esa fórmula, tomada de la lista pretoria ha sido elegida por los litigantes y llevada al litigio para encauzar una pretensión procesal concreta puede ser llamada actio e incluso iudicium.

Este modo de litigar propio del derecho honorario, no sólo contiene la pretensión del actor y las razones que puede alegar el reo, fundamento de todo el iudicium, sino también el nombramiento del juez que debía aparecer al principio del escrito y redactado en forma imperativa: *Tituis iudex esto (Ticio se juez).*

Naturaleza de la Fórmula

Muy debatida ha sido la naturaleza de este pequeño escrito cuyo modelo abstracto aparecía en el edicto anual con sus frases estereotipadas y sus nombres simbólicos[29] y que debía ser solicitado por los litigantes.

¿Qué valor jurídico tuvo esa fórmula y cuál pudo ser su naturaleza? ¿predominaba en ella un valor político, como instrumento emanado del órgano jurisdiccional o, por el contrario, su valor radicaba en el hecho de ser un documento privado y convencional sobre cuyo contenido y efectos tendría que versar la litis contestatio?

[29] Ticio: el juez. Aulus Agerius: el demandante. Numerius Negiduis: el demandado.

Sin entrar en la discusión entre quienes defienden su carácter eminentemente público y aquellos que sostienen su naturaleza privada, diremos que su naturaleza es propia de un acto jurídico mixto y complejo. Su carácter privado se manifiesta a todo lo largo de la tramitación in iure que siempre exige de modo necesario la presencia y colaboración directa de los litigantes, hasta la dictación de la sentencia cuya fuerza y razón de obligar radica esencialmente en el voluntario sometimiento de las partes al juez ya que, al elegirlo, aceptaron también su iudicium dando con ello al litigio entero, un indudable contenido convencional.

Sin embargo lo público o estatal también se manifiesta en la fórmula. En primer lugar el nombramiento del juez insertado al comienzo de la fórmula en donde gracias al pretor y en virtud del addicere jurisdiccional, el juez queda legitimado para el litigio. En segundo lugar, si bien son las partes quienes eligen la fórmula, una vez elegida va a condicionar el futuro dictamen judicial. Otro aspecto claramente público se manifiesta en el hecho de que una vez que la fórmula había sido remitida a las partes por un decretum del magistrado, si se hubiese producido algún defecto de fondo o de forma, siempre sería posible bloquearla mediante la intercessio de otro magistrado de igual o mayor potestad y; como sabemos la intercessio suponía un auténtico veto político. Por último la propia redacción de la fórmula, parece traslucir ese mismo carácter público ya que siempre los verbos aparecen conjugados en forma imperativa: Tituis iudex esto, condemnato, absolvito, adiudicato, etc. (Ticio se juez, condena, absuelve, adjudica) y, el imperativo sólo lo usa quien tiene imperium o capacidad de mando.

Origen histórico del procedimiento formulario: la crisis de las acciones de la ley

Sin entrar a considerar los nuevos debates acerca de su origen, diremos en primer lugar, que casi todas las noticias de su surgimiento así como de la crisis de las acciones de la ley proceden sobre todo de Gayo[30] y de Aulo Gelio.[31]

Gayo nos dice que las acciones de la ley llegaron a ser tan odiosas por el exceso de formalismo que ponían incluso a los litigantes en grave peligro, ya que el menor error en las palabras llevaba consigo inexorablemente la pérdida de la causa litigiosa. Por otro lado debido a la expansión y a la llegada de una gran cantidad de extranjeros, surgen una serie de nuevos negocios jurídicos, que no estaban regulados por la Ley de las XII Tablas, correspondiéndole al pretor peregrino ir creando las formas de protección necesarias. Por último, como sabemos las acciones de la ley, tenían un elemento nacionalista, es decir, sólo podían ser utilizadas por ciudadanos romanos.

El nuevo procedimiento que surge, tiene por ende su origen en la labor del pretor peregrino. Como sabemos él tenía competencia en los litigios entre peregrinos o entre peregrinos y ciudadanos romanos y, por consiguiente le estaba vedado aplicar la ley, utilizando al efecto un

[30] Institutas 4.30.
[31] Noches Aticas.

procedimiento mucho más libre y flexible que permitió ir resolviendo todas las nuevas situaciones y negocios jurídicos que se iban presentando. Como se trataba de situaciones nuevas, creaba acciones y medios procesales y por ende, no se limitaba como el pretor urbano a determinar si en un caso determinado procedía o no la acción. Además, como se trataba de un sistema nuevo debía dar instrucciones muy precisas a los recuperatores respecto del asunto que debían conocer, siendo insuficientes los testigos de las litis para tal efecto. Por tal razón, estas instrucciones empezaron a darse por escrito.

Fue gracias a la Lex Aebutia[32] y las Leges Julias[33] que fueron derogadas las acciones de la ley, pasando durante Augusto a ser el procedimiento agere per formulas, el procedimiento oficial del imperio romano. Por la Lex Aebutia se dio fuerza legal, es decir, se convirtió el procedimiento formulario en iudicium legitimum, el que coexistió con las legis actiones hasta la época de Augusto, en que decíamos fue suprimido el procedimiento de las legis actiones, por la lex Iulia iudiciorum privatorum.

LAS PARTES DE LA FORMULA

La fórmula es la orden escrita que recibe el juez, en ella se le da el poder de juzgar: Titius iudex esto (Ticio sea juez), se fija el asunto litigioso y se le prescribe en qué caso deberá condenar y en cual absolver.

Los romanistas distinguen entre partes ordinarias y extraordinarias. Son de la primera clase:

- La intentio
- La condemnatio
- La demonstratio
- La adiudicatio.

Son partes extraordinarias:

- La exceptio
- La replicatio, duplicatio y triplicatio.
- La praescriptio

Partes ordinarias de la fórmula

La Intentio

Es la parte más importante de la fórmula ya que contiene la pretensión del actor, el objeto mismo del pleito. La intentio puede ser:

- In rem o in personam: según se trate de la reivindicación de un derecho real o de la reclamación de un crédito. La diferencia capital entre los derechos reales y personales se manifiesta también en la intentio. Así en la intentio in rem sólo aparece el nombre del actor y la designación de la cosa reclamada, sin que el nombre del reo aparezca

[32] Habría que fijarla entre el 150 y el 120 a.c.
[33] Aproximadamente del año 4 a.c.

para nada[34]. Por el contrario, en las acciones in personam, debe aparecer tanto el nombre del actor como el del reo, debido a la especial relación actor deudor que tienen estos litigios.[35]

- Certa o incerta: según sea la concreción que manifiesta la pretensión del actor. Como es lógico, los derechos reales son siempre ciertos por lo cual la intentio en las fórmulas in rem será siempre cierta. Otra cosa distinta sucede con las obligaciones, ya que éstas pueden ser a veces concretas y ciertas y otras veces indeterminadas o inciertas, como suele suceder con las obligaciones nacidas de los delitos, o derivadas de promesas de hacer o por último de las obligaciones contractuales que por estar basadas en la buena fe, son indeterminadas, incluso para el actor que no puede calcular al inicio del litigio, la exacta indemnización a la que cree tener derecho.[36]

- In ius e in factum: según que la pretensión del actor este basada en el ius civile y en las XII Tablas o por el contrario trate tan sólo de reclamar la reparación de un derecho subjetivo respaldado por la promesa edictal. Así los derechos reales serán siempre reconocibles porque en la intentio aparecerá la frase ex iure quiritium. Por el contrario, si lo que se quisiese reclamar fuese el pago de una obligación civil, el verbo oportere que aparece en la fórmula, nos indicará que la pretensión del actor esta fundada en alguno de los delitos tipificados por la ley de las XII Tablas u otras leyes posteriores, como el furtum, la iniuria, el damnum previsto por la lex aquilia o bien en figuras obligacionales civiles como son los préstamos y las promesas. Por su parte los derechos de obligaciones que quedaron al margen del derecho civil, sólo contaban con la protección que el edicto podía ofrecerles, en tal sentido no puede hablarse de derechos sino que sólo de meros hechos o supuestos fácticos. Así, delitos como el dolo, la extorsión o violencia ejercida con amenzas –actio metus causa- y otros muchos delitos sólo de base edictal tuvieron necesidad de fórmulas pretorias con intentio in factum. Se incluyeron además, dentro de esta categoría los negotia bonae fide que, aunque sin ningún precedente civil, eran sin embargo figuras contractuales dignas de protección.

Por último podían existir fórmulas que sólo tuvieran intentio. Se trata de acciones meramente declarativas, en que la pretensión del actor se reduce a obtener tan sólo una declaración favorable, - por ejemplo saber si alguien es ingenuo o liberto- sin solicitar ninguna condena, cuya finalidad es poder utilizar más tarde la sentencia declarativa con efectos erga omnes como base para un litigio futuro. Por ello considerando esa función previa o como de preparación se les conoce con el calificativo de praeiudicia (prejudicial).

LA DEMONSTRATIO

Gayo nos dice que la demonstratio es aquella parte de la fórmula que se inserta al principio de ella con el fin de explicar el asunto sobre el que se litiga. En ella esta anunciada la causa de la acción. La demonstratio es pues una cláusula incluida en la fórmula con la finalidad de especificar y concretar la intentio. Como es lógico, sólo se requiere tal aclaración en los casos en que la pretensión carece de la exactitud que es propia de las acciones civiles. Por ello, lo normal será que las fórmulas pretorias, al menos

[34] Ejemplo: que el fundo inmediato a la puerta Capena es de A.A. según el derecho de los quirites.
[35] Ejemplo: que N.N. está obligado a dar a A.A. diez mil sestercios.
[36] Ejemplo: lo que N.N. esta obligado a dar o hacer a causa de ello a A.A. según la buena fe.

muchas acciones in factum, requieran la demonstratio para poder así proporcionar al órgano jurisdiccional los datos suficientes sobre el asunto litigioso. Normalmente comienza la demonstratio con la palabra quod, "puesto que" o "en cuanto que". En las acciones del derecho de gentes que llevan intentio incierta, la demonstratio en la indicación del contrato de que nace la obligación del reus, por ejemplo: puesto que A.A. a vendido un esclavo a N.N.

LA CONDEMNATIO

Es la cláusula que indica al juez si debe condenar o absolver al demandado. La condemnatio es siempre pecuniaria, puede ser como la intentio, nos dice Gayo, cierta o incierta: es cierta cuando se fija la cantidad en la fórmula, e incierta cuando se dan reglas para calcularla por ejemplo: el precio de la cosa reivindicada, el doble del valor de la cosa robada, la reparación del daño sufrido, etc. La condemnatio puede ser además, infinita cuando da al juez facultades ilimitadas para su cálculo; en cambio, cuando se le marca un límite se denomina cum taxatione.

Un tipo especial es la condemnatio in noxa en virtud de la cual se le permite al juez –en delitos cometidos por esclavos o personas bajo potestad- de ofrecer al reo la normal condena pecuniaria o la noxa deditio gracias a la cual siempre podría liberarse de toda responsabilidad dejando en poder del actor al causante material del daño.

La condena pecuniaria puede producir en muchos casos un efectivo daño al actor vencedor, por eso para lograr un cumplimiento en especie se agrega a la condemnatio la llamada **cláusula arbitraria,** por la cual se indica al juez que condene siempre que no se haya cumplido la obligación o restituido o exhibido la cosa a intimidación suya. Si el reo no acata la orden del juez de cumplir en especie, la avaluación de la prestación, con o sin lla imitación que establezca el juez, se encomienda al actor mediante un juramento: iusiurandum in litem.

Ejemplo: Actio (condictio) certae creditae pecuniae:

1.- Ticio Se juez 1 El nombramiento del juez.
2.- Si resulta probado que N.N. 2 al 5 Intentio.
3.- debe a A.A. 10.000 sectercios
4.- asunto sobre el que se está
5.- litigando.
6.- tu juez, condenarás a N.N. a 6 al 8 condemnatio.
7.- que pague a A.A. esos 10.000
8.- sextercios, sino, lo absolverás.

Partes extraordinarias de la fórmula

Las partes extraordinarias o accesorias de la fórmula, son cláusulas que se agregan a petición de los litigantes, para precisar o limitar la pretensión del actor o para recoger un medio de defensa del reus.

La exceptio

Desde el punto de vista gramatical, es una cláusula condicional negativa colocada entre la intentio y la condemnatio. Es una cláusula que restringe el poder del juez de condenar y subordina la condena a una segunda condición (la primera es la prueba de la pretensión del actor: "si se demuestra que es verdad esto (la intentio) condena; a no ser que resulte cierto esto otro (la exceptio)".

La exceptio como defensa material del reo

La exceptio además de ser una parte de la fórmula, es el medio procesal que puede utilizar el reo para su propia defensa**.** ***La exceptio refleja aquel tipo de alegación del demandado que no consiste en una negativa rotunda del fundamento alegado por el demandante, sino en señalar una circunstancia que, admitiendo la verdad de la base de la demanda, elimina su eficacia.*** Por ejemplo: si consta que N.N. debe pagar diez mil sestercios a A.A. juez, condena por diez mil sestercios, a menos que conste que se ha convenido entre A.A. y N.N. que este dinero no sería reclamado, en este caso absuelve.

Las excepciones pueden ser perentorias o dilatorias. Las primeras nos dice Gayo, son perpetuas y no se pueden evitar, es decir, se trata de alegaciones que van directamente al asunto litigioso y producen la total preclusión del mismo. Por ejemplo, la exceptio de cosa hecha por miedo, la de dolo, las que tienen su origen en la transgresión de una ley o un senadoconsulto, la de cosa juzgada, etc. En otras palabras son aquellas que destruyen la pretensión del actor. Las segundas en cambio son aquellas que sólo tiene validez temporal, es decir, no afectan el fondo de la acción sino que se refieren a la oportunidad de entablarla u otro accidente; frente a ella el actor desiste de continuar el proceso hasta que se haya obviado el inconveniente, ya que en caso contrario perderá el pleito y la autoridad de cosa juzgada le impedirá renovarlo, por ejemplo la excepción de plazo pendiente.

Replicatio, duplicatio, triplicatio

Respecto de la replicatio, Gayo nos dice que a veces sucede que una excepción, que a primera vista parece justa perjudica inicuamente al demandante. En tal caso se haría necesaria una nueva adición en la fórmula para que, recogiendo las razones que fueran se pudiera a ayudar al demandante. Es a esta cláusula nueva insertada en la fórmula inmediatamente detrás de la exceptio, a la que se denomina replicatio o replica, ya que realmente lo es, pues al fin y al cabo en ella se replica a la excepción alegada por el reo privándole en cierto modo de su fuerza como si se tratara de una nueva exceptio solicitada esta vez por el actor.

Respecto de la dúplica, Gayo nos dice, que a veces sucede que la propia réplica, aparentemente justa, perjudica inicuamente al demandado. Cuando esto ocurre, es posible una nueva adición a la fórmula esta vez en ayuda del demandado. Con la misma técnica y características de la exceptio y la replicatio, la dúplica es puesta por el reo también como una mera exceptio desde el punto de vista de la redacción de la fórmula.

La praescriptio

Literalmente significa algo que va escrito adelante, al principio de la fórmula y viene a ser como una especie de aviso al juez para que a la hora de pronunciar su fallo tenga en cuenta determinadas circunstancias a fin de evitar una sentencia injusta o dañosa para el reo o el actor. Las praescriptio podían ser pro actore o pro reo. Las primeras servían para precisar la calidad en que comparecía el actor o para advertir que ejercita un derecho limitado Por ejemplo, tratándose de una estipulación de la que se derivan pagos sucesivos, advierte que la demanda no versa sobre todo el contenido de la estipulación, sino que se refiere únicamente a las prestaciones ya vencidas y que no han sido pagadas, con el fin de evitar que se extinga la acción para las cuotas futuras.

La praescriptio pro reo, por su parte, puede ser insertada por el demandado, como un aviso al juez de que antes de entrar a examinar el fondo de la cuestión, tenga en cuenta ciertas circunstancias de la pretensión. La praescriptio pro reo es en realidad un medio de defensa para el demandado en cierto modo semejante a la exceptio. Tal vez por ello, fueron evoluncionando y transformándose en auténticas excepciones. Gayo nos dice que tales praescriptiones pro reo no se utilizaban ya en su tiempo, haciéndose uso de las excepciones para el mismo fin.

Una de las más importantes praescriptiones pro reo, y la que hizo que se conservara el nombre de esta parte de la fórmula hasta el derecho actual, es la longi temporis praescriptio, concedida a los adquirentes de buena fe de fundos provinciales que los hayan poseído pacíficamente, durante 10 años entre presentes o el doble entre ausentes, para enervar la acción reivindicatoria del propietario.[37]

CLASIFICACION DE LAS ACCIONES

I.- **Acciones in rem y acciones in personam**

Son actiones in rem las que se dirigen contra la cosa sin respecto a determinada persona e in personam las destinadas a pedir algo de alguien.

Esta distinción realmente básica es la que Gayo se plantea en primer lugar al comenzar su estudio sobre las acciones.[38] "Es personal la acción mediante la cual nosotros litigamos contra alguno que esta obligado frente a nosotros en virtud de un contrato o de un delito, de decir, cuando en la intentio de la fórmula insertamos las palabras alguien está obligado a dar, hacer o cumplir una prestación". "La acción es real cuando afirmamos en la intentio de la fórmula que una cosa corporal es nuestra, o bien que un cierto derecho nos pertenece, por ejemplo, el derecho de usar una cosa, o de usufructuarla...".

[37] Estas praescriptiones que son medios de extinguir las acciones por su no empleo durante un período de tiempo, se transforman luego, como lo anotaba en general Gayo, en excepciones, y se llegan a clasificar entre los modos de extinguir las obligaciones ope exceptionis.

[38] Gayo 4,2,3

Ambas acciones se diferencian sustancialmente porque la actio in personam se utiliza para los derechos relativos y de obligación y los segundos para los absolutos y principalmente los reales.

En las fuentes clásicas e identifican acción real con vindicatio y acción personal con condictio.

Existen diferencias sustanciales entre los derechos reales y los derechos de crédito, tanto desde un punto de vista material como adjetivo. Desde el punto de vista procesal podemos anotar las siguientes:

1.- En las acciones personales el sujeto pasivo esta individualmente determinado y por tal razón su nombre aparece en la intentio, mientras que en las acciones reales sólo va en la intentio el nombre del demandante y la clara designación de la cosa sobre la cual recae la pretensión; el del demandado figura exclusivamente en la condemnatio.

2.- Otras diferencia dice relación con el deber del demandado de estar en juicio y de aceptar el litigio. En las acciones personales este deber es absoluto hasta el punto de que el litigio no podría seguir adelante si el reo se negase a colaborar. En las acciones reales, en cambio, el demandado siempre podría desentenderse de la cosa, abandonándola, sin intervenir en el proceso, con lo cual el iudicium terminaría de modo favorable al reo.

3.- En la acción real el reo que se niega a colaborar al procedimiento es privado de la posesión de la cosa disputada; en igual caso en la acción personal el reus sufre una ejecución inmediata de todo su patrimonio.

4.- El reus de una acción real debe siempre dar garantía de que cumplirá la sentencia (satisdatio iudicatum solvi), el de una acción personal no debe darlo, salvo casos excepcionales.

5.- Otra diferencia importante y profunda entre una y otra clase de acciones radica en la litis contestatio.[39] En las acciones personales los efectos extintivos[40] operan ipso iure –naturalmente si se trata de acciones civiles y de un iudicium legitimum - únicas que pueden producir tal extinción; en las acciones reales, en cambio, la extinción o imposibilidad para el actor de volver a litigar por el mismo asunto, se hace efectiva tan sólo por medio de la exceptio rei in iudicium deductae.

La diferencia entre ambas acciones, se encuentra en la distinta naturaleza del derecho a defender. Si en los derechos de obligación el efecto consuntivo es total y automático o ipso iure, ello se debe a que el contenido íntegro de la obligación, trasvasado en la acción correspondiente, coincide totalmente con el contenido del litigio. Si el acreedor tiene posibilidad de exigir de su deudor el cumplimiento de una prestación, dare, facere, praestare oportere, su crédito es tan limitado que

[39] La litis contestio es sin duda el momento clave del litigio. Sólo cuando la tramitación ha llegado a este punto, se ha consumido verdaderamente para el actor toda posibilidad de replantear de nuevo la cuestión litigiosa. Por esta razón se habla del efecto consuntivo de la litis contestatio.
[40] Que veremos más adelante.

en el mismo instante que trate de hacerlo efectivo ya ese acreedor estaría satisfecho sin posibilidad de un segundo planteamiento. Por lo mismo, transformado el derecho de crédito en acción litigiosa, esta acción no tiene más que una posibilidad de ejercicio. Y así, consumada ya ésta en el momento procesal de la litis contestatio, no podría nunca tramitarse por segunda vez.

Por el contrario, en los derechos reales, siempre tutelados por acciones in rem, las posibilidades son en cierto modo infinitas. Así, mientras el titular continúe siéndolo, siempre podrá reclamar, reivindicar, defender la cosa frente a todos, erga omnes, cuantas veces lo crea necesario. Es por eso que las acciones reales no pueden extinguirse jamás ipso iure, siendo siempre posible un ejercicio indefinido de las mismas. La irrepetibilidad de la acción y la imposibilidad de litigar por segunda vez en los derechos reales es siempre algo relativo, afectando exclusivamente al reo concreto con quien el actor entabló el iudicium. Solamente ese demandado, interesado en evitar el segundo litigio, estaría legitimado para insertar en la fórmula la exceptio rei iudicium deductae, con lo que impediría eficazmente el segundo intento del actor de esgrimir la acción contra él.

6.- Una última diferencia la encontramos en la sentencia. En las acciones reales, ésta recae necesariamente sobre la cosa reclamada en la situación y tal como se encontraba el día de la litis contestatio. (ni más ni menos). No se da en cambio este mismo planteamiento en las acciones in personam, ya que en ellas al no existir una cosa concreta sobre la que deba recaer la sentencia, el actor-acreedor exige la reparación o indemnización al deudor afectando esta responsabilidad todo su patrimonio.

Las fuentes hablan de dos categorías intermedias llamadas actiones mixtae, que son a la vez reales y personales, como sucede con las divisorias ya que por un lado en estas acciones, el actor se dirige contra un reo que al igual que sucede con las acciones in rem, lo es tan sólo por la vinculación posesoría con la cosa. Pero, por otra parte, en estos juicios[41] no hay propiamente reivindicación, sino que se exige una praestare, una partición que se traduce normalmente en créditos exigibles.

II.- **<u>Acciones civiles y pretorias</u>**

Esta clasificación mira al órgano creador de las mismas. Las civiles son aquellas reconocidas por el derecho quiritario, creadas por ley y suelen ser como el poder que las creó: perpetuas. Las segundas son aquellas que no cuentan con ningún respaldo en el viejo ius, sino que solamente con el apoyo jurisdiccional del pretor y por ende suelen tener un plazo relativamente corto para ser utilizadas.

Las acciones civiles llevan en su fórmula una intentio en que se afirma un derecho, de ahí que se les conozca también con el nombre de acciones in ius. Si la acción es real, la fórmula in ius recordará expresamente ese carácter quiritario del derecho en la propio intentio de la fórmula: "Si la cosa de que se trata resulta ser de A. A. según el derecho de

---

[41] Actio familiae erciscundae, actio conmuni dividundo y actio finium regundorum.

los Quirites, a menos que ella sea restituida a A. A. según tu arbitrio, a tanto dinero cuanto haya de valer la cosa condena, juez, a N. N. a favor de A. A."[42]

Del mismo modo, si se tratara de una actio un personam, también la intentio de la fórmula nos daría la clave de su carácter civil o in ius. En estos casos –delitos antiguos, préstamos y promesas estipulatorias- el vergo oportere elegido siempre para expresar la obligación del deudor, sería la señal de que estamos en presencia de una acción civil: si paret N.N. A.A. sextercium decem millia dare oportere ("Si resulta que Numerio Negidio debe dar a Aulo Agerio diez mil sestercios, iudex, condena a Numerius Negidius por diez mil sestercios a favor de Aulo Agerio. Si no aparece así, absuélvelo.")

A través de las acciones pretorias el pretor llevó a cabo su gran obra de creación jurídica. Por medio de ellas el pretor intentó aplicar las acciones civiles a otros supuestos que si bien no habían sido previstos inicialmente por el ius, ofrecían un cierto parecido con los originarios. Entre las acciones pretorias encontramos varios grupos:

1.- Acciones útiles.

2.- Acciones ficticias.

3.- Acciones con transposición de persona

4.- Acciones in factum.

Acciones útiles

Una acción es útil cuando se trata de una acción civil cuya aplicación es extendida por el pretor a circunstancias no previstas por la ley. Así utilizada la acción se denominaba actio utilis, en oposición a cuando era empleada precisamente en defensa del derecho para el cual se creó, caso en que recibe el nombre de actio directa. Las acciones. Al igual que las acciones ficticias estaban basadas en un proceso de analogía iuris. La lex Aqulia de daño por ejemplo, establecía una acción a favor de los propietarios (directa), que el pretor extendió, en las mismas hipótesis, a los usufructuarios (legis Aquiliae utilis).

Acciones ficticias

Un acción útil es ficticia cuando en la intentio de su fórmula se contiene la ficción de la existencia de un derecho o de una calidad y se ordena al juez condenar como si esos requisitos existieran: por ejemplo la acción publiciana dada al poseedor fingiendo que es dueño, y la actio furti dada al peregrino fingiendo que es ciudadano. El texto de la acción publiciana en la reconstitución de Lenel reza así: "Si A. A. compró de buena fe el esclavo y le fue entregado, si lo hubiera poseído durante un año, y entonces el esclavo del cual se trata hubiera debido ser suyo en virtud del derecho de los Quirites, si este esclavo no es restituido a A. A., a tanto cuanto este asunto haya de valer, a tanto dinero condena, juez, a N. N. a favor de A. A.; s.n.r.a."[43]

Acciones con transposición de persona

Estas acciones permitieron el ejercicio de la acción civil a favor o en contra de otras personas distintas de los demandantes o demandados inicialmente interesados. Estas acciones con cambio de persona entre las cuales habría que recordar las actionis adiectitiae qualitatis abrieron el camino de la representación dentro de un sistema procesal como el romano, donde la posibilidad de litigar se ofrecía tan sólo a las personas directamente

[42] Guzmán Brito, Alejandro. Derecho Privado Romano. Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tomo I, pág. 466.
[43] Guzmán Brito, Alejandro. Derecho Privado Romano, Tomo I, pág. 507

afectadas. La originalidad de estas acciones consistía en que, mientras que en la intentio de la fómula el vínculo procesal aparecía normalmente como afectando al actor y al reo, A.A. Y N.N., en la condemnatio por el contrario, surgía una tercera persona, extraña desde el punto de vista procesal, pero realmente el interesado o dominus negotii desde un punto de vista material. Por ejemplo dentro de las actionis adiectitiae qualitatis, que tienen por objeto perseguir una obligación nacida de un acto de un hijo de familia o de un esclavo, tenemos la actio exercitoria que estaba pensada para los supuestos en los que un hijo de familia, estando al mando de un navío con el cargo de magister navis, hubiera llevado a cabo negocios que tuvieran relación con su misión concreta. En tal caso, en virtud de esta acción, se hacía posible que la condena, o en su caso la absolución, recayese en el pater exercitor o naviero. Otros ejemplos, son el caso de la representación judicial, acciones en las cuales en la intentio va el nombre del titular del derecho y en la condemnatio el del representante; el caso del comprador en bloque de los bienes del ejecutado en la bonorum venditio, que puede usar las acciones del ejecutado contra terceros como útiles, y así en la fórmula irá en la intentio el nombre del ejecutado y en la condemnatio el de emptor bonorum.

Acciones in factum

Constituyen la gran creación del derecho honorario ya que a diferencia de las anteriores en ellas ni siquiera puede hablarse de una analogía respaldada en el ius civile, ya que falta todo parecido entre la solución que propone el pretor y cualquier lejano precedente con el ius civile. Por ende su precedente se encuentra exclusivamente en el ius gentium y la equidad.

Dentro de este grupo de acciones, habría que tener en cuenta aquellas que sirvieron de cauce a los grandes contratos consensuales, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. Más tarde se agregan otras figuras, como el depósito, el comodato, la fiducia, el pignus, etc.

III.- **Acciones reipersecutorias, penales y mixtas**

Esta categoría que tiene su base en la Instituta de Gayo[44], atiende a la función procesal que cumplían unas y otras. Así mientras que las reipersecutorias tienen como finalidad la reintegración o recuperación de algo nuestro o de algo que se nos debe; las penales tienen por misión imponer una sanción o pena al reo, sanción que se traduce en una suma de dinero, que se reclama al autor de alguno de los delitos calificados así por el ius civile o al responsable de aquellos otros actos ilícitos pretorios previstos en el edicto. En otras palabras, como señala Alamiro de Avila, acción reipersecutoia es aquella que recae sobre una prestación, comprende tanto las acciones reales como personales, cuya causa es civil. La palabra cosa en el párrafo de Gayo está tomada en el amplio sentido de lo pedido.

[44] Nos dice Gayo: “Actuamos para obtener solamente una cosa, o bien sólo una pena, o bien lo uno y lo otro (4,6).

Acción penal es la que proviene de un delito privado, fuente de obligaciones en el derecho romano (hurto, injuria, rapiña y daño) y tiende a obtener la pena pecuniaria establecida en beneficio de la víctima.

De las acciones mixtas o intermedias entre las reipersecutorias y las penales tenemos noticias tanto en la Instituta de Gayo como en la de Justiniano. Para Gayo son mixtas aquellas acciones que a causa de la infitiatio o negativa del reo, queda duplicada la condena como si se tratase de una verdadera sanción procesal. Dentro de esta categoría estarían según la Instituta Gayana, la actio iudicati, para la ejecución de una sentencia; la actio ex confessione, para reclamar al confessus el cumplimiento de la obligación confesada; la actio depensi con la que el fiador puede reclamar del deudor principal el reintegro de lo que por él hubiera tenido que pagar, etc.

Hay importantes diferencias entre las acciones reipersecutorias y las penales:

1) Las primeras son transmisibles a los herederos y las segundas no. A veces de un mismo hecho nacen acciones reipersecutorias y penales y entonces se ve muy claramente la diferencia anotada: por ejemplo el hurto da lugar a la acción reivindicatoria que pasa contra los herederos del ladrón y a la acción penal del duplo que caduca con la muerte del ladrón.
2) Contra un esclavo o un hijo de familia en general, no cabe interponer acciones reipersecutorias, pero sí penales: en este caso el dueño o el pater familias pagará la pena o abandonará al esclavo o al hijo a la víctima del delito para que se vengue o se aproveche de su trabajo: estas acciones se llaman noxales, en cuya intentio figura el esclavo o el hijo de familia y en la condemnatio al dueño o al pater familias, advirtiéndose que no deberá ser condenado si abandona al esclavo o al hijo en manos de la víctima.
3) Las acciones reipersecutorias que tienen un sujeto pasivo plural, es decir, en las que son varios los que deben la prestación, se extinguen por el cumplimiento completo que haga cualquiera de los obligados; las acciones penales no se extinguen en esa forma y cabe cobrar la pena entera a cada uno de los responsables.
4) Cuando un individuo dispone de varias acciones reipersecutorias debe elegir una, en cambio, si dispone de varias acciones penales puede entablarlas todas.

IV.- <u>Acciones populares y acciones privadas</u>

Son acciones privadas aquellas que sólo pueden ser ejercidas por quien tiene un interés personal en el asunto litigioso; las acciones populares en cambio, pueden ser ejercidas por cualquier persona, aun cuando no haya sido lesionada en sus intereses particulares. Las más antiguas se refieren a delitos públicos y se denominan pro populo. Otras, son creaciones pretorias y en ellas el particular actúa en nombre propio; se tramitan como acción personal y la multa va en beneficio exclusivo del actor y si éste muere después de la litis contestatio, el derecho a esa multa lo trasmite a sus herederos. Ej: la actio de sepulchri violati, contra el violador de sepulturas.

V.- **Acciones de derecho estricto y acciones de buena fe**

En las primeras el juez se atiende rigurosa y exclusivamente al supuesto que le señala la intentio, sin que tenga libertad para apreciar otras circunstancias por muy justas o dignas de consideración que le parezcan. Por otro lado, la apreciación de la prueba debe ceñirse estrictamente al punto fijado en la intentio. Por el contrario, en las acciones de buena fe, la intentio lleva el aditamento ex fide bona, y con arreglo a este patrón elástico que deja un amplio campo a su arbitrio, el juez toma en consideración todos los matices a los que las cláusulas adosadas por las partes y la lealtad que debe presidir el comercio jurídico hagan merecedores de aprecio.

Son de buena fe las fórmulas de las acciones emanadas de los contratos del derecho de gentes (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad), los cuales se caracterizan por tener una demonstratio con la indicación del contrato y en la intentio, confundida con la condemnatio, se disponía que el juez condenara a lo que fuera justo y de acuerdo a la buena fe. Por ejemplo la actio empti, acción del comprador para exigir al vendedor la entrega de la cosa:

"Puesto que A. A. compró el esclavo Estico a N. N, sobre lo que se litiga, todo lo que por tal motivo, debe No. No. dar o hacer a A. A. según la buena fe, a ello condena, si no resulta, absuélvele".

Hay importantes diferencias entre unas y otras:

1) Como decíamos en las acciones de derecho estricto el juez está limitado en su actividad por la obligación de la congruencia absoluta entre la fórmula y la sentencia; en las de buena fe le cabe, en cambio, una gran amplitud.
2) En las acciones de derecho estricto, que suponen una relación jurídica simple, no cabe la compensación[45]; en cambio en las acciones de buena fe, que protegen relaciones jurídicas complejas, sí que cabe.
3) En las acciones de derecho estricto el juez examina el asunto sólo formalmente, en cambio en las de buena fe debe inquirir la actitud de las partes, regulando su fallo de acuerdo con la equidad y la honestidad de los negocios. Para poder enervar una acción de derecho estricto cuando el actor ha procedido fraudulentamente en el acto jurídico que da base a la acción, es indispensable incorporar a la fórmula la exceptio doli; en las de buena fe no es necesario, pues se estima que el juez no podría aceptar una actuación dolosa; se llega a decir que en ellas la exceptio doli va implícita.

Con el transcurso del tiempo, las acciones de buena fe pasaron a ser la regla general y las de derecho estricto la excepción.

VI.- **Acciones arbitrarias**

Se trata de acciones que en la condemnatio llevan incorporada una "cláusula arbitraria", que reza: "a no ser que la cosa haya sido restituida por mandato del juez". Su finalidad era evitar los inconvenientes que podría

[45] La compensación es un modo de extinguir las obligaciones y es definida por nuestro Código Civil en los siguientes términos: "cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas....

representar para el actor vencedor el no obtener el cumplimiento en especie, ya que la condena del juez, recordemos, era siempre pecuniaria. Mediante esta cláusula se invita al reo a la restitución o cumplimiento voluntario, so pena de determinar el actor a través de un juramento la condena, según su honesto parecer. Ejemplo de estas acciones: la actio reivindicatoria, la hereditatis petitio; también algunas acciones personales como la actio de dolo malo; la actio quod metus causa; etc.

TRAMITACION DEL JUICIO

En términos breves y generales el demandante comienza por hacer saber al demandado el tenor de la fórmula de la ación que intentará en su contra. Como sabemos esta comunicación extrajudicial recibe el nombre de editio actionis. En seguida procede a la in ius vocatio, asegurándose de la comparecencia del demandado por una estipulación que fija una pena pecuniaria para el caso de no comparecer (vadinomium); si el demandado no se presta a la estipulación puede dar un vindex y si aún se niega, el pretor acuerda una acción en su contra para el pago de una multa; si el demandado se esconde el pretor puede poner al demandante en posesión de los bienes de aquél aún autorizarlo para que los venda.

Ante el magistrado, el procedimiento no se puede desenvolver sino en presencia de ambas partes, pero ahora esta admitida la representación voluntaria y los litigantes pueden hacerse substituir por un cognitor o un procurator.

La etapa in iure se desarrolla ahora sin ningún formalismo en las expresiones que los litigantes emplean. El demandante expone sus pretensiones y enuncia cuál es la fórmula que pide, señalándola en el edicto que está colocado junto al tribunal del pretor e indicando que modificaciones solicita que se le introduzcan o, si no está contemplado el caso en el edicto, pide que se redacte una fórmula nueva: ésta es una segunda editio actionis.

El demandado puede hacer una de varias cosas: o admitir de inmediato la pretensión del actor y darle satisfacción, o admitiéndola no darle satisfacción: en este caso se trata de una confessus in iure; o bien puede no defenderse o, lo que será normal, oponerse a las pretensiones del actor, exponiendo sus razones. Sólo en este último caso se entabla un juicio propiamente tal.

La situación del confessus in iure varía, tratándose de un derecho de crédito, si éste consiste en una suma de dinero la confesión equivale a una sentencia en su contra, si se trata de otra cosa; da base a la continuación del pleito para la avaluación pecuniaria de la prestación debida, lo mismo ocurre si la confesión recae sobre un derecho real. Una vez que este reconocimiento había tenido lugar de modo expreso por parte del confessus, si éste no cumplía voluntaria e inmediatamente con su obligación confesada in iure, operaba ya la eficacia ejecutiva de la confessio empleándose para ello la actio ex confessione, con la cual el actor podía obtener el duplum de la cuantía litigiosa.

Si el reus no se defiende en absoluto o no colabora en la organización del proceso está en la condición de indefensus, y el pretor deberá arbitrar medidas indirectas para constreñirlo a esa colaboración: por ejemplo, tratándose de una acción real, pondrá al actor en posesión de la cosa.

La situación normal es que el reus se defienda: puede defenderse negando simplemente y por lo tanto aceptando la fórmula propuesta, o puede admitir las bases de la pretensión del actor y alegar hechos que la desvirtúan en sus efectos, es decir, hechos que impedirán que se dicte sentencia condenatoria en contra suya. En este caso pedirá que se inserte en la fórmula una parte que contemple esas alegaciones que si se prueban hacen ineficaz el derecho reclamado.

La tramitación in iure presentaba a veces algunas variantes, celebrándose ante el magistrado determinados actos. Eran estos:

1.- Las interrogationes in iure: Tenían por objeto obligar al demandado a manifestar si se daba en él una circunstancia que resultaba necesaria para que la demanda estuviese bien formulada, v. gr. Cuando, tratándose de la reclamación de un crédito contra una persona difunta, se preguntaba al demandado si era su heredero y en qué porción. La respuesta liga al reus, sea esta verdadera o falsa, es considerada en su contra siempre como la verdad.

2.- El juramente necesario y deferido: Se produce cuando el actor carente de otra prueba, pide que el reo jure si es o no deudor. En este caso el reus, puede adoptar una de estas dos posiciones: a) jurar o b) referir el juramento, es decir, pedir que jure el actor[46].

El reus que se niega a jurar o a referir pierde inmediatamente el pleito. Si es el actor a quien se refiere el juramento el que se niega a jurar, el pretor le denegará la acción o concederá al reus una excepción que enerve aquella.

LITIS CONTESTATIO[47] SUS EFECTOS

La litis contestatio es el acto procesal en el que las partes acuerdan someterse a los resultados del litigio según el planteamiento que aparece en la fórmula. A este acto con el que se cierra la etapa in iure del pleito, se le sigue llamando litis contestatio, aun cuando dejó de hacerse la antigua

[46] Este juramento sólo tuvo aplicación, cuando el litigio se estuviera tramitando con la condictio certae creditae pecuniae, que como veremos más adelante era la acción que se utilizaba para reclamar una cantidad cierta de dinero, en cuyo caso el iudicium podía terminar sin necesidad de llegar a la sentencia mediante un juramento que debía prestar el demandado. La iniciativa debía partir necesariamente del actor. Si ante la invitación hecha por el demandante el reo se decidía a jurar se le tendría como absuelto y si por el contrario, no se atrevía a prestar dicho juramento, estaría en situación similar a la de un iudicatus con sentencia en contra. También existía la posibilidad de que el reo, en lugar de jurar o de abstenerse del juramento, escogiera una postura intermedia devolviendo el juramento al actor, para que fuera éste y no él quien jurara la verdad de su pretensión.

[47] La expresión litis contestatio es el resultado de dos vocablos: lis-litis cuya más antigua signficación es de pelea o duelo y contestatio, compuesta de cum y testare, que añade la idea de reunión conjunta de testigos. Podemos decir entonces que litis contestatio consiste en fijar los términos del litigio ante testigos.

invocación a los testigos. La litis contestatio, pasa a ser, dentro de la naturaleza convencional que conservó siempre el ordo iudiciorum privatorum, un instante crucial del proceso que produce una serie de efectos, que estudiaremos más adelante.

Formalmente esta contestación al litigio nos indica que el demandado ha aceptado el iudicium según la fórmula concreta solicitada por el demandante y concedida por el pretor. La litis contestatio se incoaba en el momento de la editio actionis. Por un lado, el actor incitaba al reo a litigar proponiéndole la fórmula elegida –editio propiamente dicha- y por otro, solicitaba del magistrado la concesión de esa concreta vía litigiosa. Este acto doble suponía, por una parte, el nacimiento de una relación jurídico-procesal entre el actor y su adversario y por otra implicaba una cierta subordinación para con el órgano jurisdiccional. Por eso, la litis contestatio abierta al demandado y al pretor exigía también una doble respuesta. Por un lado, el demandado tras la editio actinis del actor, podía simplemente aceptar sin más la fórmula propuesta, o bien solicitar la inserción de alguna excepción para su propia defensa. Por otro lado, el pretor jugaba un papel en la litis contestatio al conceder, según las atribuciones propias de su imperium la acción del actor –dare actionem- y la excepción del reo –dare exceptionem-, dando con ello al acto procesal ese otro aspecto político y publicístico que le es igualmente típico.[48]

Por último, la litis contestatio en el procedimiento formulario anterior a la lex Aebutia no podía producir los efectos civiles automáticos, propios de las acciones de la ley, con aquella imposibilidad ipso iure de poder volver a plantear el mismo asunto litigioso. Sin embargo, a través del juego de las excepciones lograba el mismo efecto. Tras la promulgación de la Lex Aebutia, el procedimiento creado por los pretores empezó a gozar de una cierta equiparación con los iudicia civiles, por lo cual también la litis contestatio comenzó a producir aquel efecto de imposibilidad ipso iure de replantear la misma pretensión, sin necesidad ya de que el demandado tuviese que utilizar la excepción de cosa juzgada[49].

Los efectos de la litis contestatio podemos resumirlos en los siguientes:

1.- Efecto extintivo.[50]
2.- Efecto creador o novatorio.[51]

---

[48] Recordar que el magistrado podía también denegar la acción –denegare actionem- cuando concurrían alguno de los presupuestos estudiados.
[49] Esta materia la veremos con todo detalle, cuando estudiemos el efecto extintivo-novatorio de la litis contestatio.

[50] Su efecto es la consumición de la acción, que se expresa en el aforismo non bis in idem (nunca dos veces por el mismo asunto). Esta consumición de la acción opera de dos formas distintas: a) Cuando se trata de un juicio legítmo (es decir juicios entre ciudadanos romanos, que se celebran en el recinto de la ciudad de Roma o a una milla extramuros y ante un juez único), de acciones personales y de fórmulas con intentio in ius, la consumición de la acción opera ipso iure, automáticamente. b) En cambio, cuando se trata de iudicia imperio continentia, o de acciones reales o de fórmulas con intentio in factum la consumición de la acción opera por vía de excepción (ope exceptionis), concediendo en tal caso el pretor la exceptio rei in iudicium deductae (excepción de cosa deducida en juicio).

3.- Efecto fijador.
4.- Hace la nueva relación entre las partes transmisible a los herederos.
5.- Convierte prácticamente en perpetua una acción temporal.
6.- Interrumpe la prescripción.

Efecto extintivo

Cuando una relación litigiosa ha sido llevada a juicio, resulta imposible, desde un punto de vista procesal, volverla a plantear otra vez. Por esta razón, puede decirse que el litigio y concretamente la litis contestatio "extingue" la relación jurídica controvertida.
Esta extinción, sin embargo, después de la Lex Aebutia puede operar de dos formas:

a) En las acciones civiles o in ius, un segundo planteamiento sería prácticamente imposible porque la relación subjetiva ha desaparecido ipso iure y automáticamente por obra de la litis contestatio.
b) Por el contrario, en aquellos otros supuestos que la Lex Aebutia no incluyó dentro de la categoría anterior y que seguían siendo iudicia imperio continentia (o sea, procesos basados en el imperio del pretor), como inicialmente habían sido todos los juicios tramitados por fórmulas, esa imposibilidad de litigar de nuevo no operaba ipso iure, sino que ope exceptionis. Por esta razón, al menos en principio, en este tipo de litigios si cabría la posibilidad de ejercitar la acción por segunda vez. Sin embargo, en estos casos, el pretor concedía al reo una excepción para paralizar con ella el segundo litigio sobre el mismo asunto. Esta excepción es la que se conoce con el nombre de exceptio rei in iudicium deductae, lograba un efecto pretorio anulante[52] que trataba de imitar el efecto extintivo que el ius civile, lograba automáticamente.[53]

El efecto extintivo de la litis contestatio merece un segundo análisis, desde el punto de vista procesal. Este análisis se refiere a la diferencia que existe entre:

a.- Los derechos reales. Por su propia naturaleza, nunca pueden extinguirse automáticamente, aunque se cumplieran todos los requisitos de la Lex Aebutia, ya que estos derechos se manifiestan siempre como un conjunto de posibilidades de disposición erga omnes, es decir, frente a todos. Esta estructura propia de los iura in rem, amplios y generales a causa de sus infinitas posibilidades de ejercicio, condiciona necesariamente la consunción procesal que pueda operarse con la litis contestatio. Por esta razón, si un titular hubiese ejercitado la acción contra un concreto demandado, es posible que contra este último no lograra triunfar por segunda vez, pero siempre le quedarían aún infinitas posibilidades de ejercicio contra otros hipotéticos reos que intentaran violar su indiscutible derecho.

---

[51] Este efecto puede graficarse de la siguiente manera: por ejemplo antes de la litis contestario el deudor debía una cantidad de dinero en virtud de una promesa solemne (stipulatio) ahora pasará a deberla en virtud de la sentencia judicial a la que aceptó someterse en virtud de la litis contestatio.
[52] El segundo intento de litigar no era técnicamente nulo sino simplemente anulable, en otras palabras, nada impedía que el actor, si así lo quería, pudiera volver a emplear la misma acción.
[53] Esta imposiblidad de replanteamiento procesal que se producía cuando el proceso había llegado a la litis contestatio, dio origen a un importante principio de regulación jurídica: ne bis in idem, o sea, nunca dos veces sobre lo mismo.

b.- Los derechos de obligación. Tratándose de acciones personales, la acción y el derecho defendida en ella se acomodan de tal manera que, una vez ejercitada la acción lleva también la desaparición del derecho subjetivo.

En resumen, para que una acción se extinga ipso iure, es preciso que se trate de un iudicium legitimum, de una acción personal y de una fórmula in ius conceptae. Se llama iudicium legitimum (juicio legítimo) al que tenía lugar en Roma, o en un radio de una milla en torno a la ciudad, entre ciudadanos romanos y ante un juez único. En los demás casos, esto es, en los juicios basados en el imperio del pretor y aquellos que, y tratándose de acciones que protegen derechos reales –aún cuando se tratara de un juicio legítimo- esta extinción sólo operará ope exceptionis, por medio de la exceptio rei in iudicium deductae.

Efecto creador o novatorio

Este efecto de la litis contestatio, esta íntimamente relacionado con todo el fenómeno de la extinción o consunción del cual viene a ser como su aspecto positivo. Así, en el mismo instante que se extingue ipso iure u ope exceptionis la acción del actor al manifestar el reo su conformidad con la fórmula; nace por obra de la propia litis contestatio una nueva relación entre los litigantes, esto es, la mutua sumisión a lo que decida el juez. Es el efecto extintivo seguido inmediatamente de la aparición de una nueva relación jurídica, lo que le da el carácter novatorio[54].

Efectivamente, en la litis contestatio un nuevo vínculo recién aparecido entre los litigantes viene a ocupar el lugar vacío de la relación sustantiva. Esta nueva relación es de naturaleza puramente procesal y se traduce en la obligación de las partes de someterse a la condemnatio.

Efecto fijador

La litis contestatio tiene la virtud de provocar una absoluta fijación de la cuestión litigiosa, sin que sea ya posible, a partir de ese momento, la alteración de ninguno de los elementos que figuran en la fórmula. Las partes litigantes; la cosa o la cuantía litigiosa reclamada; el fundamento jurídico o causa de la pretensión; el iudex elegido, etc. quedarán inamovibles a partir de la contestación de la litis. La fuerza de esta ficción procesal es tal que, el juez a la hora de dictar sentencia, deberá atenerse estrictamente a los elementos de juicio aportados a la cuestión litigiosa al momento de la litis contestatio, estándole vedado considerar cualquier otra circunstancia posterior, aportada por las partes y que no figure en la fórmula.

En primer lugar quedan fijados los sujetos litigiosos[55], tanto el actor como el reo, por lo cual, sólo aquellos individuos concretos que intervinieron en la litis contestatio podrán verse afectados por la sentencia. Esta concreción no sólo afectaba a la identidad personal de los litigantes, sino que también a la situación psicológica en que se encontraban en aquel momento

[54] La novación es definida en nuestro Código Civil como la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.
[55] Sin embargo, ello no obsta a que si alguno de ellos fallecía, no pudieran continuar con el juicio los herederos litigantes, ya que la concepción jurídica de la transmisión hereditaria descansa en la ficción de que el heredero se subroga totalmente en la posición jurídica del causante.

procesal. Así por ejemplo, si el reo hubiese estado actuando de buena fe, al tiempo de la contestación, porque se creía con algún derecho sobre la cosa litigiosa, y después desaparecía esa buena fe, el juez no podría tener en cuenta ese cambio psicológico.

En segundo lugar quedaba fijada la cosa litigiosa o la cuantía pecuniaria solicitada, si en la fórmula venía esta última detallada de modo concreto.

Quedaba también fijada la causa jurídica del litigio. Se entiende por causa el fundamento procesal en que el actor apoya su pretensión y que normalmente suele concretarse en la intentio de la fórmula.[56] [57]
Finalmente quedaba también determinado el iudex, el que a partir de ese momento no podía ya ser sustituido. Sin embargo, podía ocurrir que el juez falleciera o bien que se desentendiera del litigio, posibilidad admitida en la jurisdicción tras un juramento en que declaraba no poder resolver el conflicto, con lo cual el proceso entraba en una auténtica vía muerta (mors litis). En tal caso, para resolver el problema se hacía imprescindible una intervención extraordinaria de la magistratura, por ejemplo con una restitutio in integrum. Gracias a este remedio pretorio, basado en una ficción, se tenía por no hecho el proceso a medio acabar y se consideraba a la fórmula como inexistente, con lo cual se abría la posibilidad de confeccionar otra nueva, incluyendo en ella el nuevo iudex que había de sustituir al anterior.[58]

La Prueba

La división del trabajo que comporta la bipartición del proceso hace que jurista se ocupe, fundamentalmente, de la fase in iure concentrándose en el estudio de la cuestiones de derecho, relegando al abogado la materia de la prueba de los hechos.

Con la prueba, cada una de las partes trata de llevar al ánimo del juez a un convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los datos relevantes, señalados en la fórmula.

En cuanto a la valoración de la prueba, hoy día se suele hablar de dos principios antitéticos: El principio de la libre convicción de la prueba, que concede al juez la facultad de decidir en el caso concreto el valor que ha de darse a cada medio de prueba en base a su experiencia y conocimiento; en cambio el principio de la prueba reglada o legal, implica

---

[56] Ese fue precisamente el papel que cumplía en al fórmula la praescriptio. En ella, el actor expresaba detalladamente la causa en la que se basaba su pretensión a fin de que la litis contestaio no afectase más que al supuesto concreto que se declaraba, dejando con ello el camino libre a otros posibles litigios apoyados en causas diferentes.
[57] La causa de pedir es definida en nuestro Código de Procedimiento Civil como el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio. Los procesalistas enseñan que para reconocer la causa debemos preguntarnos ¿Por qué se pide? Y ponen como ejemplo el siguiente: En un juicio una persona reclama un fundo, aduciendo ser el dueño por haberlo comprado. Se niega lugar a la demanda. En el segundo juicio reclama el mismo fundo, pero ahora sosteniendo ser dueño por haberlo adquirido por herencia. Como se ve, en ambos juicios la causa de pedir es distinta.
[58] La restitutio in integrum, fue un remedio pretorio universal, cuya finalidad era la de tener por no hecho un acto jurídicamente válido pero sustancialmente injusto y lesivo.

que el valor que juez debe darle a cada medio de prueba esta determinado categóricamente por la ley, dando por ejemplo, preferencia al documento escrito frente a los testigos, etc.)

En ambos casos, la apreciación debe limitarse al material probatorio aportado por las partes (principio dispositivo), sin que le sea lícito aportar nuevos datos o realizar averiguaciones sobre hechos no alegados por las partes (lo cual entraría ya en el principio inquisitivo).

Otro problema es el de la carga de la prueba u onus probandis, es decir, el de quién tiene la obligación de probar un hecho determinado, lo cual implica responder a la pregunta de quién va a sufrir las consecuencias de la falta de prueba. También aquí los romanos procedieron casuísticamente, aunque, en general, se pueda decir, que a la parte que afirma un hecho incumbe su prueba. Así el actor debe probar los hechos contenidos en la intentio, en tanto, que el demandado tiene que probar el hecho en que se basa la excepción.[59]

Los medios de prueba están constituidos fundamentalmente, por: confesión de las partes –judicial o extrajudicial- testigos, documentos, inspección personal del juez, peritos y juramento. El juez valora libremente estos medios[60], pero quizá convenga advertir, que el derecho romano clásico, dominado por la oralidad, no tiene el documento la importancia primordial que le conceden los ordenamientos jurídicos actuales.

La sentencia

Una vez que el juez se ha formado libremente una opinión llega el momento de pronunciar su sentencia o fallo. Pero, en tanto que hoy día el juez es un funcionario y tiene la obligación inexcusable de fallar, en el proceso clásico el juez puede excusarse, alegando que el asunto no le resulta claro a u conciencia (rem sibi non liquere). Lo normal ser, no obstante, que el haya formado su opinión (sentencia) sobre el asunto y que decida condenando o absolviendo al demandado.

La sentencia produce un doble efecto:
1.- El desasimiento del tribunal: lo que significa que dictada la sentencia deja de tener injerencia en el asunto.
2.- Produce la autoridad de ***cosa juzgada,*** es decir, una vez dictada produce el efecto de verdad indiscutible e inmodificable. Esto significa que no puede alterarla el juez que la pronunció, y en los procedimientos del ordo iudiciorum privatorum tampoco podía apelarse ante un juez de superior jerarquía (ya que estos no existen). El único remedio de carácter excepcional es la restitutio in integrum, que no tiene carácter de apelación. Unicamente, el juez que dicte sentencia injusta “haciendo suya la causa” (iudex qui litem suam facit), incurre en responsabilidad.

[59] Por esa razón se dice que cuando el reo se excepciona se convierte en actor.
[60] El juez puede solicitar dictámenes a sus asesores o a un jurisconsulto, pero no está obligado a seguirlos, salvo el caso de que el jurisprudente goce de ius respondendi.

La sentencia tiene fuerza ejecutiva, de modo que surge la obligación de cumplirla o de someterse a la actio iudicati.[61]
Por otro lado la autoridad de cosa juzgada, implica que no es posible volver a plantear otra vez el mismo asunto.[62] Siempre que concurran los siguientes requisitos copulativos:

1.- Identidad de asunto deducido en juicio, causa u objeto.[63]
2.- Identidad legal de persona.

Remedios contra la sentencia Ver páginas 205 y 206 del libro del profesor Alamiro de Avila.

Ejecución de la sentencia Ver páginas 206 a 208 del libro del profesor Alamiro de Avila.
Procedimientos complementarios basados en el Imperio del Pretor. Ver paginas 220 a 224 del libro del profesor Alamiro de Avila.

Procedimiento extraordinario o cognitio extraordinem Ver páginas 225 a 232 del libro del profesor Alamiro de Avila.

---

[61] Nuestro C.PC. señala al respecto:
Art. 175 (198). Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada.

Art. 176 (199). Corresponde la acción de cosa juzgada a aquel a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida por el Título XIX de este Libro.

Art. 177 (200). La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:
1. Identidad legal de personas;
2. Identidad de la cosa pedida; y
3. Identidad de la causa de pedir.
Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

[62] Es decir, el efecto excluyente de la litis contestatio pasa ahora a vincularse a la sentencia dictada.
[63] El profesor Alamiro de Avila señala que pedagógicamente se puede afirmar que, dentro de la fórmula, la causa está representada por la demostratio y el objeto por la intentio. El objeto, responde a la preugnta ¿qué pido? Y la causa ¿Por qué lo pido?

EL DERECHO DE LAS COSAS: SU DOMINIO, POSESION, USO Y GOCE

DERECHOS REALES

I LAS COSAS

Los romanos no tienen una palabra que exprese unívocamente nuestro concepto moderno de propiedad como señorío jurídico potencial o actualmente pleno sobre una cosa corporal. Sólo encontramos expresiones que los comentaristas han querido identificar con la idea de dominio moderno, sin embargo, todas ellas designan más bien poderes personales o conjuntos de cosas, así:

1) ***Mancipium***, se usa para nombrar un determinado rito solemne, pero más concretamente se refiere al poder que se tiene sobre un siervo o un esclavo; comprendiendo también en la expresión ciertas situaciones análogas, por ejemplo a las personas que se hallan en una situación de semiservidumbre (in mancipio) como los hijos vendidos dentro de Roma por su paterfamilias, como también el ejercido sobre ganado mayor.
2) ***Familia,*** deriva de famulus que significa servidor y que se utiliza para designar al conjunto de esclavos que se hallan bajo el poder de una persona y, que por extensión se aplicó a los demás elementos valiosos de que es dueño un pater: propiamente su fortuna estable de tierras y edificios.
3) ***Pecunia,*** deriva del término peku alusivo a la fortuna mobiliaria (menos estable, destinada al gasto), que en algún momento se especializó para designar al ganado de animales. Luego cuando los metales empezaron a ser usados como medio de cambio, pecunia pasó a designar el dinero.
4) ***Familia pecuniae,*** Se usa para designar todo el ***patrimonio***[64][65] de una persona, comprendiendo en él tanto los bienes estables como los inestables.
5) ***Dominium,*** se llama al poder del dominus o jefe de la casa (domus), que se ejercita sobre la casa misma y lo que en ella viven.[66]

Concepto de cosas

La palabra latina equivalente a ***"cosa"*** es ***"res",*** y en el lenguaje general, dicha palabra es tan comprensiva como la castellana "cosa". Jurídicamente, ***"res",*** equivale a ***"corpus",*** es decir, a toda entidad material, aprehendida como unidad autónoma.

El conjunto de cosas que pertenecen en propiedad a un sui iuris,[67] es un patrimonio, solo que los romanos usan raramente esta expresión. El término más usado es "bona" (bienes), es decir, el conjunto de cosas que, en cuanto prestan utilidad a alguien, constituyen propiamente sus bienes.[68][69]

---

[64] Samper Francisco. Derecho Romano. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1982.
[65] La idea de patrimonio, como atributo de la personalidad es extraña al derecho romano antiguo.
[66] Guzmán Brito Alejandro. Derecho Privado Romano, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1997.
[67] Personas libres que no hallan sometidas a la potestad de nadie.
[68] Modernamente se entiende por **cosa** en el ámbito jurídico, toda entidad corporal o incorporal, a excepción del hombre. No todas las cosas pueden ser objeto de los derechos; sólo pueden serlo las útiles y las apropiables. Las que reúnen estos caracteres se llaman **bienes.**
[69] Los Bienes o el patrimonio son expresiones que no incluyen a las deudas, antes bien, se considera que aquéllas resultan ser lo que resta después de deducidas éstas.

Clasificación de las cosas

1) Gayo distingue entre cosas corporales e incorporales.

Según él, son cosas ***corporales*** aquellas que pueden ser tocadas, como un fundo, un esclavo, el oro o la plata, y las cosas ***incorporales***, aquellas que arrancan su consistencia del derecho o que existen en virtud del derecho, por lo cual no pueden ser tocadas, como las servidumbres, el usufructo y la herencia.

2) También las cosas se dividen en res in commercio y res extra commercium, según que resulten objetos de relaciones jurídicas, especialmente, de enajenaciones, o, en cambio, que estén sustraídas a ellas.

3) Las res in commercio, a su vez, se dividen, en res in patrimonio, si actualmente están en propiedad de alguien, y res extra patrimonium, si actualmente se encuentran fuera del patrimonio de una persona.

4) Las res in patrimonio son o res privatae, si se encuentran en propiedad privada, y publicae, si están en la propiedad del populis.

5) Las res extra patrimonium se confunden con las res nullius, es decir, aquellas que están actualmente fuera de un patrimonio, por no pertenecer a nadie, si bien podrían ser apropiada.

6) Las res extra commercium, o son divini iuris, o bien humani iuris.

a) Son divini iuris las res sacrae, consagradas a los dioses superiores (olímpicos), mediante un acto formal llamado consecratio, como por ej.: un templo a Júpiter. Son también divini iuris las res religiosas, es decir, aquellas dedicadas a los dioses inferiores (Lares, Manes y Penates), como por ej.: las tumbas. Finalmente, pertenecen también a esta categoría las res santas, que son aquellas puestas bajo la protección de los dioses, mediante la ceremonia de la sanctio, como son los muros y los límites.
b) ***Son humani iuris las res*** comunes que pertenecen a todos, y cuyo uso es colectivo, como el aire, el mar, las playas. También lo son las ***res publicas***, es decir, aquellas cuya propiedad está atribuida al populus, y las ***privatas,*** o sea, aquellas cuyo dominio se atribuye a un particular.

Fuera de esta clasificación que corresponde a Gayo, se distinguen las siguientes especies de cosas:

1) Mancipi y nec mancipi: desde un punto de ***vista jurídico***, son ***res mancipi*** aquellas cuya transferencia exige un rito especial, sea la ***mancipatio*** sea la ***in iure cessio***, en tanto son ***nec mancipi*** aquellas cuya transferencia se puede cumplir mediante una simple ***traditio o entrega.***

Desde otro punto de vista, las ***res mancipi*** son las cosas que en una sociedad agraria, como la roma arcaica, eran las más necesarias para la economía de la época, destinadas por tanto al consumo.

No obstante, este criterio general, las ***res mancipi*** constituyen un número definido de cosas, y, así, pertenecen a esta categoría; los fundos itálicos, los esclavos, los animales de

tiro y carga, los útiles de labranza y las servidumbres rústicas. Todo lo demás son ***res nec mancipi***, como son los fundos tributarios, estipendiarios, ganado menor, etc.[70]

2) ***Fungibles y no fungibles***[71]: se entiende por cosas no fungible aquellas dotada de propia individualidad, de modo que no resultan intercambiables ni sustituibles por otras; en tanto son fungibles aquellas cuya individualidad se confunde con la de otras, de manera que entre sí resultan intercambiables y sustituibles. Ej.: de la primera especie es un fundo, y de la segunda, trigo a granel, reses, o unas vasijas de vino.

3) ***Genéricas y específicas***[72]: son cosas genéricas aquellas que se designan, en concreto negocio, a través una cualidad, de un número, peso o medida; en tanto que específicas son aquellas que se designan por sus características individuales. Así por ej.: mil quintales de trigo resultan ser cosa genérica, mientras que el fundo Corneliano o el trigo que hay en tal silo son cosas específicas.

La relación entre esta clasificación y la anterior es la siguiente: las cosas fungibles suelen designarse genéricamente, mientras que las cosas no fungibles, de modo específico. Pero la convención de las partes pueden cambiar esta relación, pues pueden designar genéricamente las cosas no fungibles y especialmente las cosas fungibles.

4) ***Consumibles y no consumibles***. Pertenecen a la categoría de cosas consumibles aquellas que se destruyen por el primer uso adecuado a su naturaleza, por Ej.: los alimentos, cuyo uso natural, es decir, el comerlas o beberlas, las destruyen. Y son cosas no consumibles aquellas cuyo primer uso adecuado a su naturaleza no las destruye, por ej.: una silla, cuyo uso, al sentarse, la deja íntegra.

La ***consumibilidad es física o jurídica***. ***Física***, si la destrucción es precisamente material, es decir, objetiva con respecto a todos, y jurídica si tan solo el primer uso adecuado a su naturaleza produce el efecto de hacer salir la cosa del patrimonio del dueño manteniendo aquella su sustancia material, es decir, son aquellas destinadas permanentemente a la enajenación. El ejemplo de los alimentos pertenece a la clase de la consumibilidad física; en tanto que pertenecen a la clase de consumibilidad jurídica el dinero o las mercaderías de un establecimiento de comercio.[73]

5) ***Muebles e inmuebles.***[74] Nuestro Código Civil[75] define las cosas muebles como aquellas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y las minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles.

---

[70] Esta distinción propia del derecho arcaico se mantiene en el derecho preclásico y en el clásico; tiende a perder importancia en el derecho post-clásico y es abolida por Justiniano.

[71] Criterio objetivo basado en una cualidad natural.

[72] Se basa en un criterio subjetivo: la voluntad de las partes.

[73] El dinero sirve para ser gastado, de modo que al gastarlo, es decir, el usarlo, lo hacer perderse para su dueño. Se dice entonces que éste lo consume jurídicamente, pues deja de pertenecerle, aunque desde el punto de vista físico sigue existiendo

[74] La clasificación de las cosas en res mancipi y nec mancipi es fundamental para el derecho clásico. A su lado la distinción entre cosas muebles e inmuebles tiene una importancia secundaria, aunque resulta claro que hay clasificaciones que ningún ordenamiento jurídico puede desconocer, pues se encuentra, en la naturaleza de las cosas.

[75] Artículos 567 y 568

En las XII Tablas encontramos la distinción entre ***fundi y ceterae res*** (demás cosas) en materia de usucapión. Así, para la usucapión de los fundi se requieren 2 años, en tanto para las demás cosas basta un año.

6) ***Cosas divisibles e indivisibles.*** Materialmente todas las cosas son divisibles. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico sólo son divisibles aquellas cosas que pueden fraccionarse sin que pierdan su valor económico. Ej. Una pierda preciosa, es jurídicamente indivisible. [76]

Las fuentes romanas no sólo hablan de una división en partes materiales, sino también de una división en partes o cuotas ideales. La cuota o parte ideal mide el grado de participación en un derecho común de cada uno de los comuneros. Es la idea de copropiedad, pro indiviso.

7) ***Cosas simples y compuestas: universalidad de cosas.*** De acuerdo a un texto de Pomponio[77] Son cosas ***simples*** aquellas que constituyen una unidad orgánica independiente, tal como un esclavo, una piedra, una viga, etc. Son ***compuestas*** por otras singulares, tales como un edificio, una nave o un armario. Se trata de una unión de cosas que vienen a formar un complejo unitario, sin que las cosas que lo componen pierdan su individualidad.

La tercera clase está constituida por agregados de cosas homogéneas, que aunque entre ellas no estén unidas de manera material, el hecho de tener un nombre común muestra que forman un todo único. Por ejemplo un rebaño.

La tradición jurídica de la Baja Edad Media, basándose en el texto de Pomponio llegó a distinguir dos clases de universalidades: una de ***hecho*** y otra ***jurídica***, compuesta por cosas materiales y derechos. El ejemplo más notable lo constituye la herencia. La consecuencia práctica más importante lo constituye el principio de la subrogación real: enajenada una cosa de la herencia el precio vendría a ocupar el lugar de la cosa, de modo que la unidad se mantiene.

8) ***Cosas principales y accesorias:*** Cosas accesorias o instrumentos, son aquellas destinadas al servicio y beneficio de otra, aunque en sí mismas sean objetos autónomos . Ejemplo, el marco es accesorio respecto del cuadro. Los rendimientos de una cosa fructuaria caben también dentro de esta clasificación.

[76] Los romanos hablan de cosas que no pueden dividirse sin que perezcan, esta expresión hay que entenderla más que en su mero sentido natural, en un sentido económico social.

[77] D. 41, 3, 30, pr.

II EL DOMINIO

1.- ***Concepto***[78].

El dominio es un derecho real[79], consistente en un señorío jurídico potencial o actualmente pleno sobre las cosas corporales.[80] La plenitud del derecho de dominio sobre las cosas implica que éstas se encuentren, bajo todos sus aspectos, al servicio del dueño.

El mayor aprovechamiento es aquel que el dominio permite[81]. Normalmente, esta plenitud de servicios es actual, pero puede suceder que, por la concurrencia de otros derechos sobre la misma cosa[82], o en virtud de limitaciones impuestas por el ordenamiento[83]. En tal caso, el dominio será tan solo potencialmente pleno, porque, desaparecidas dichas limitaciones o dichos derechos reales concurrentes, al dominio recobrará automáticamente su plenitud actual. Esta capacidad de limitarse y expandirse que posee ese derecho, es lo que suele conocerse con la denominación no romana de **"*elasticidad*"** del dominio.

Un verdadero dominio existe únicamente respecto de las cosas identificables o no fungibles, únicas que pueden ser reivindicadas; sobre las cosas fungibles, sólo impropiamente puede hablarse de dominio, a falta de otro término consagrado por el uso, y ello en tanto el dueño las tenga en su poder; una vez salidas de él, es imposible reivindicarlas y sólo pueden ser "cobradas".[84]

---

[78] Nuestro Código Civil define el dominio en su artículo 582 en los siguientes términos: dominio (que se llama también propiedad) es un derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

[79] Nuestro Código Civil define en su artículo 577 a los derechos reales de la siguiente forma: derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.

[80] La plenitud de beneficios que implica el dominio es tal que los juristas romanos no distinguen entre la cosa objeto del dominio y un derecho de dominio como separados; cosa y dominio se confunden, pues, al punto de servir ambas expresiones para denotar la misma realidad.

[81] Uti, frui, habere y possidere.

[82] Por ejemplo un derecho real de usufructo y un derecho real de prenda.

[83] En el derecho arcaico los censores, con base en la ley, ejercen un control sobre el modo de conducirse los dueños: pueden privar del ius sufragii a quien descuide el cultivo de sus campos; se reprime el gasto en lujos excesivos por las mujeres en los funerales, etc. En la ley de las XII Tablas hay varias disposiciones concernientes a estas materias y otras relativas a la vecindad que en cierta forma limitan el dominio predial. En el derecho clásico no existe la expropiación por causas de utilidad pública, sin embargo existen una serie de disposiciones tendientes a privar a una persona de su propiedad, como por ejemplo: la confiscación penal a los culpables de ciertos delitos muy graves; la pérdida del dominio de los esclavos, como sanción a los amos abusivos o bien por exigencias de carácter procesal. Existieron sin embargo, prohibiciones públicas que limitaban el ejercicio del dominio: no se puede enajenar una cosa litigiosa; el marido no puede alienar los bienes dotales; el tutor los inmuebles de su pupilo; se establecieron normas que regulaban la altura de los edificios, etc.

[84] De esto se deduce que el dueño de las cosas fungibles es su tenedor, independientemente de cualquier derecho, porque éste siempre podrá consumirlas física o jurídicamente y enseguida reponerlas para pagarlas o devolverlas a su anterior dueño. El momento decisivo del dominio es el de la posibilidad de reivindicar la cosa que se afirma se propia, y ello supone su identificabilidad.

2.- ***Contenido***

La definición de dominio proporcionada antes es sintética, pues alude a una plenitud de facultades ejercitables por el dueño de la cosa, sin pronunciarse acerca de cuáles son dichas facultades. Pero, desde un punto de vista analítico, los servicios que la cosa puede proporcionar son los siguientes:

a.- Uti (uso): consiste en dar a la cosa su destinación natural, sin destruir ni alterar su sustancia. El uso, en consecuencia, solo cabe respecto de las cosas no consumibles, únicas a las que se puede dar su destinación natural, sin producir alguno de los mencionados efectos.

b.- Frui (goce): consiste en el aprovechamiento de los frutos civiles o naturales de una cosa.

En general, se llaman ***frutos naturales*** de una cosa, los rendimientos que, con o sin ayuda de la industria humana, producen de modo periódico y espontáneo una cosa sin que ello implique un menoscabo de su sustancia. Son por ej.: frutos naturales las frutas de los árboles o arbustos, las crías de los animales, la leche, la lana, etc.

Los rendimientos que cualquiera sea su naturaleza, implican un menoscabo de la sustancia de la cosa son ***meros productos***, como los minerales de una mina, o las piedras de una cantera, cuya extracción implica un detrimento del yacimiento o, en general del terreno; la piel o la carne de los animales, que implican el sacrificio de estos, etc. El aprovechamiento de los productos, no es, por tanto, un ***ejercicio del frui*** sino, como veremos, del ***habere.***

Se llaman ***frutos civiles*** los precios por la transferencia o cesión del uso o del aprovechamiento de una cosa, por un tercero, sin que en consecuencia dicha transferencia afecte la pertenencia de la cosa misma. Tal es el caso del precio del contrato de arrendamiento, renta, que paga el arrendatario al arrendador por haberle éste entregado a aquél el uso y disfrute de la cosa.[85]

Los frutos naturales pueden encontrarse en diferentes estados:

i) ***Pendientes***, mientras se encuentran adheridos a la cosa fructuaria.

ii) ***Separados***, cuando se han desprendido de la cosa fructuaria por causas naturales o artificiales.

iii) ***Percibidos***, cuando efectivamente han sido recogidos por quien tiene derecho a hacerlo, que no sea el dueño de la cosa fructuaria, por ejemplo el usufructuario.

iv) ***Consumidos***, cuando se ha dispuesto de ellos física o jurídicamente.

c.- Habere: consiste en la facultad de ***disposición***, sea total o parcial, sea material o jurídica, de la cosa misma. Desde este punto de vista puede distinguirse entre:

- ***Disposición total material***: como es la destrucción íntegra de la cosa. El uso de las cosas consumibles y la extracción de "productos" obedecen a este tipo de actos.

[85] No pertenecen a esta categoría los precios recibidos por la enajenación de una cosa, como el precio de la compraventa porque en tales casos lo cedido no es el mero uso de la cosa, sino ella misma, que se pierde jurídicamente para su dueño. Por la misma razón no es fruto civil, el precio por el uso del dinero, es decir, por un préstamo, precio al que los juristas llamaban usurae y nosotros intereses. La razón están en que para recibirlos es menester que su dueño pierda el dinero, consistiendo el mutuo en la enajenación de aquél, que permitirá al mutuario consumirlo jurídicamente, esto es, gastarlo.

- ***Disposición parcial material***: como es la alteración o modificación de la cosa (derribar una pared, excavar un pozo en un solar);
- ***Disposición total jurídica***: Se produce cuando la cosa deja de pertenecer a su dueño, en virtud de un acto suyo. Son actos de tal género la enajenación[86] de la cosa, su abandono y la renuncia, pero también, por ejemplo la manumisión de un esclavo. El uso de las cosas jurídicamente consumibles pertenece a este tipo de actos.
- ***Disposición parcial jurídica***: que consiste en gravar la cosa con derechos reales, a favor de terceros por ej.: con una servidumbre o una hipoteca.

d.- Possidere: el uti, frui y el herede, para poder ser ejercido por el dueño, exigen un complemento que es la possessio civilis, es decir, la tenencia de la cosa por éste. De lo contrario, al dominio sería nada más que un derecho teórico, sin posibilidad de ser efectivamente ejercitado.[87]

Terminología

La terminología referente a la propiedad es variada así tenemos el término ***mancipium*** que es un poder general, que se adquiere en el acto mancipatorio sobre las cosas y las personas que integraban la familia.

El término ***dominium*** aparece en la jurisprudencia a finales de la república y se refiere al poder o facultad de propietario como dominus o señor de las cosas. ***Propietas,*** es el término utilizado por la jurisprudencia para designar la nuda propiedad, es decir el dominio limitado por el usufructo.

Clases de propiedad[88]

1.- Propiedad Civil.

El dominio romano protegido por el derecho civil propiamente tal es el dominium ex iure Quiritium, es decir, aquél que tiene como titular a un ciudadano romano, que haya adquirido de un propietario de acuerdo con las formalidades requeridas, en consecuencia, protegida por la acción reivindicatoria.[89]

El dominio civil, aparece como una situación jurídica "absoluta" en el sentido de ser oponible a cualquier tercero mediante la rei vindicatio. El dominio también es perpetuo, en el sentido de no cesar más que en virtud de un acto abdicativo (abandono) del dueño o como consecuencia de haber adquirido un tercero la cosa.

2.- Propiedad Pretoria o bonitaria.

Se da esta propiedad cuando el pretor protege al que recibió una cosa ***mancip***i sin utilizar el ritual de la ***mancipatio o la in iure cessio***. El efecto de tal situación es que el enajenante permanece para el derecho civil, como legítimo dueño, sin

---

[86] Los actos de enajenación pueden ser "entre vivos" y entonces hablamos de "transferencia" o "por causa de muerte" y decimos "transmisión". Un término genérico abarcador de ambas formas podría ser "traslación".

[87] La tenencia de una cosa admite grados: la más estable es aquella del verdadero dueño y se llama posesión civil; la del que no es dueño pero que está amparada por una causa de las que objetivamente amparan la tenencia de un dueño y que podría llegar a serlo... también se llama posesión civil, pero es menos estable que la anterior; luego se presenta la mera tenencia o posesión natural, que es detentación con un título jurídico aunque no dominical (no translaticio de dominio)

[88] Aunque desde un punto de vista sustancial el dominio tiene un contenido unitario.

[89] El modo de adquirir debía ser uno reconocido por el derecho civil, así si se trata de una res mancipi y la adquisición fue entre vivos, el modo de adquirir operante debió ser una mancipatio o una in iure cessio.

que ningún dominio civil resulte por el adquirente, quedando sólo en calidad de ***poseedor civil***. Por tanto, el primero dispone todavía de la acción reivindicatoria y, teóricamente, podía usarla con éxito contra aquel a quien hizo la tradición de la cosa. Del mismo modo, éste último, en caso de perder el bien, no podría pretender recuperarlo, porque, no siendo dueño, carece de la acción reivindicatoria. El pretor, sin embargo, ampara a dicho adquirente, y frente a la reivindicatoria del verdadero dueño, pone a disposición de aquel una exceptio que repele dicha acción.[90]

Frente a terceros que lo priven de la posesión de la cosa, le otorga una acción ficticia - modelada sobre base de la reivindicatio- la llamada ***acción publiciana***, que le permite recuperar la cosa. [91] Sustancialmente, pues, este ***poseedor civil*** es como un dueño quiritario, aunque formalmente no lo es.

También son propietarios de esta especie, aquellos que ***adquirieron de quien no era el verdadero dueño de la cosa***. También, en este caso, quedan en calidad de poseedores civiles (ya que hay justa causa posesoria) y en situación de usucapir (adquirir por usucapion o prescripción) supuestos los demás requisitos de esta última figura. Por tanto, el verdadero dueño dispone de la acción reivindicatoria en contra del adquirente y actual poseedor, pero éste, si es que por cualquier causa pierde su posesión, no dispone de la misma acción frente a terceros, al no ser dueño. También, sin embargo, el pretor le concede la ***acción publiciana*** que le permite recuperar la posesión pérdida, en contra de todos, menos del verdadero dueño.[92]

Esta situación, semejante al dominio ex iure Quiritium, se conoce por la romanística como dominio o propiedad bonitaria o pretoria, terminología no romana, sí bien inofensiva.

3.- Propiedad de los peregrinos.

Los extranjeros no pueden ser titulares de dominium, pero el pretor les protege con acciones ficticias(“si hubiere sido ciudadano romano”) cuando reclaman en Roma cosas que les pertenecen; incluso, cuando se trata de fundos itálicos.

4.- Propiedad provincial.

Es la possessio del ager publicus, o territorio conquistado al enemigo, que pertenecía al populus romanus. Los bienes raíces situados fuera de Italia no pueden ser objeto de dominio quiritario[93] Durante la época imperial dicha imputación se mantiene respecto de las provincias senatoriales, pero no respecto de las imperiales.

Estos predios eran cedía en arrendamiento a particulares, que estaban obligados a pagar un canon llamado tributum o stipendium[94]. Gayo[95], afirma que los fundos provinciales son "dominio del pueblo romano o del César". Otros textos

---

[90] La excepción de cosa vendida y entregada.
[91] Esto significa que el pretor hace caso omiso de la realidad, de no haberse cumplido con los ritos formales de transferencia y se atiene al hecho de haber habido una justa causa de tradición (compraventa, donación, etc.)
[92] También tiene cosas in bonis y no en dominio quiritario: el bonorum possessor o sucesor por derecho pretorio; el bonorum emptor, es decir, el que compró los bienes del ejecutado en concurso de acreedores; etc.
[93] A menos que se trate de territorios que gozan del Ius Italicum.
[94] Estipendio en las senatoriales y tributo en las imperiales.
[95] 2,7

mencionan que los particulares tienen sobre ellos la possessio, el usus o el ususfructus. La propiedad de hecho de los particulares estaba protegida por los gobernadores.

LA COMUNIDAD Y EN ESPECIAL EL CONDOMINIO O COOPROPIEDAD

1.- Concurrencia de derechos reales sobre una misma cosa.

Sobre una misma cosa pueden concurrir varios derechos reales. Dichos derechos reales pueden ser de igual o diferente naturaleza. Se da esta última situación cuando, junto con la propiedad, concurren otros derechos reales, como el usufructo o la servidumbre. Pero se da una concurrencia de igual naturaleza una cosa es de propiedad de dos más personas al mismo tiempo, o bien cuando varios usufructuarios sobre un mismo bien y al mismo tiempo

En el caso de concurrencia de derechos de la misma naturaleza sobre una cosa, podemos hablar de comunidad en sentido amplio (comunidad de propiedad, de usufructo), que, sin embargo, se especifica de acuerdo con el tipo de derechos que concurren y así se habla de copropiedad o condominio (comunidad del derecho de propiedad), co-usufructo, (comunidad del derecho de usufructo), etc.

2.- Condominio.

El condominio es la pluralidad de propiedades y de propietarios sobre un mismo bien.

Esta comunidad se origina en virtud de alguna de las siguientes causas:

a.- Sociedad: cuando dos o más personas acuerdan poner bienes en común con la mira de repetirse los beneficios derivados de su explotación (contrato de sociedad), de modo que se transfieren recíprocamente la propiedad de dichos bienes. El resultado no es el resurgimiento de una persona jurídica distinta de los socios, como dueño de dichos bienes, sino el surgimiento de una copropiedad de todos los socios sobre todos los bienes.

b.- Adquisición conjunta: sea mortis causa, como cuando los herederos suceden a un mismo causante, o varios legatarios son instituidos como tales sobre un mismo bien; o inter vivos, como cuando varias personas adquieren de otra un mismo bien, por compra, donación, etc., seguida del correspondiente modo de adquirir.

c.- Por enajenación parcial: si un dueño único enajena a favor de una o más personas parte de una cosa.

d.- Por confusión o mezcla: irreversible de sólidos o líquidos.

e.- Por el descubrimiento de un tesoro: Si tiene lugar casualmente por obra de un tercero en terreno ajeno; la comunidad se forma por mitades entre el inventor del tesoro y el dueño del predio.

3.- El condominio en época arcaica.

El condominio arcaico se modela sobre la base de la situación producida entre los hijos herederos de su padre fallecido, situación denominada societas ercto non cito. A partir de esta situación, pasó a considerarse la producida entre personas que no eran herederas.

En época arcaica, el condominio se considera obedeciendo a la siguiente estructura: cada codueño se estima propietario único de todo el bien, y, en consecuencia, con la plenitud de las facultades pertenecientes a un propietario. Puede, así, usar íntegra y exclusivamente la cosa, aprovechar todos sus frutos y disponer física o jurídicamente de toda ella. Sin embargo, como los demás comuneros tienen las mismas facultades, esta propiedad individual se ve limitada por la concurrencia del resto, lo que significa que los demás copropietarios pueden oponerse a los actos de dominio de su codueño (ius prohibendi). En la práctica, esto implicaba que los comuneros debían actuar por ***unanimidad,*** es decir, recabando previamente al ascenso de los demás copropietarios.

4.- El condominio en época clásica.

La jurisprudencia clásica superó esta estructura arcaica, y consideró que la cosa se dividía idealmente en cuotas, (comunidad pro indiviso) cada una de las cuales pertenece individual y exclusivamente a cada copropietario. Las consecuencias de este régimen son:

a.- Respecto de la cuota: cada copropietario puede disponer libremente de su cuota sin exponerse al ius prohibendi de sus colegas. Puede así, enajenarlo y gravarlo, entendiéndose que al hacerlo, no está enajenando todo el bien físicamente considerado ni gravándolo, sino sólo en proporción a las cuotas. Esto implica el repartimiento del total de los ***frutos*** entre los comuneros de acuerdo con dichas cuotas. Ya se dijo que la disposición jurídica de la cosa se regula también según el régimen de cuotas, pues cada comunero no puede disponer de la cosa misma sino en proporción a la que le pertenece.

b.- En relación con el uso y la disposición física del bien, el régimen de cuotas es inaplicable. Se sigue así aplicando el régimen arcaico el ius prohibendi que conduce a acuerdos de hechos entre los comuneros.

El régimen de cuotas permite al mismo tiempo solucionar el tema de la distribución de las cargas o gastos comunes: cada comunero debe contribuir en proporción a su cuota.

5.- Extinción de la copropiedad.

La copropiedad se extingue:

a.- Por división judicial o partición, mediante el uso de las acciones divisorias; familia erciscundae, por comunidades hereditarias, y communi dividundo, para el resto de las comunidades.[96]

b.- Por confusión o reunión de todas las cuotas en una misma persona: si uno de los comuneros adquiere las cuotas del resto o les hereda.

---

[96] La cláusula denominada adiudicatio permite al juez: atribuir en propiedad singular el todo o partes del bien común a los comuneros; constituir usufructos sobre el bien común; etc. Si la cosa común no admite división física, aparte de poder adjudicarla entera a un comunero, puede el juez ordenar subastarla, de manera de repartir después el dinero obtenido con la venta.

c.- Por destrucción de la cosa.

6.- Protección del dominio.

El dominio ex iure quiritium viene amparado por una acción real llamada rei vindicatio, que se encuentra en los orígenes del derecho romano y cuya intentio reza así: Si *paret fumdum Cornelianum q.d.a. ex iure quiritium AO. Ao. Esse.* (si resulta que el fundo Corneliano, del cual se trata, es de Aulo Agerio). En el derecho arcaico, la reivindicatio se tramita de acuerdo con la actio legis per sacramentum in rem. La característica más saliente es la simetría procesal con que actúan las partes, puesto que ambas afirman ser suya la cosa, supeditando la veracidad de sus afirmaciones a un juramento sacral. Ambas partes deben aportar pruebas en apoyo de sus afirmaciones.[97]

La reivindicatio es la acción in rem por excelencia. Su finalidad es permitir al dueño civil de una cosa identificable o no fungible, recuperar la pérdida posesión de ella frente a un tercero que la retiene.

El profesor Joan Miquel la define como ***una acción real que tiene el propietario civil no poseedor contra el poseedor no dueño, para obtener la declaración de su derecho y, en consecuencia, la restitución de la cosa o el pago de su equivalente en dinero.***

Requisitos de la acción reivindicatoria:

1.- Legitimado Activo: El que afirma in iure ser propietario civil; que ha perdido la posesión de la cosa y está dispuesto a demostrar su calidad de propietario civil en la fase apud iudicem.

2.- Legitimado pasivamente: Dicha acción reivindicatoria se dirige en contra del actual poseedor, quien no es el propietario. [98]

3.- Respecto de la carga de la prueba: En el derecho clásico, el demandante debe probar su dominio sobre la cosa, asumiendo el demandado un rol pasivo; por ende la carga de la prueba u onus probandi recae sobre el actor. La prueba es gravosa y complicada (prueba diabólica la llamaron los antiguos interpretes) cuando el demandante no había adquirido su derecho por un modo originario, ya que tenía que demostrar, no sólo que él era el dueño, sino que lo era también el que a él le transmitió la cosa y aquel de quien éste la recibió, y así sucesivamente hasta llegar a alguien que la hubiera adquirido por un modo originario. Esta complicación podía desvanecerse si el demandante ***probaba que había usucapido.***

[97] A fines de la época arcaica comenzó a desarrollarse un nuevo procedimiento reinvindicatorio, caracterizado por la conversión del asunto litigioso de real en personal. Se trata del agere per sponsionem, tramitado dentro de la acción de la ley por designación de juez o árbitro. En este procedimiento el demandado otorga una promesa solemne (sponsio) de dar una cantidad nominal de dinero al demandante, en caso de ser éste declarado dueño de la cosa.

[98] ¿Qué tipo de poseedor? Los juristas clásicos más antiguos exigen que se trate cuanto menos de un poseedor protegido por los interdictos, excluyendo por tanto la mera posesión natural. No obstante, a fines de la época clásica se admite también que se pueda demandar al poseedor natural, con tal que éste no derive su posesión del propio demandante, pues éste dispone de un interdicto o de la acción contractual correspondiente.

4.- ***Que puede reinvindicarse:*** Pueden reivindicarse todas las cosas corporales identificables[99] y las partes pro indiviso de una cosa en comunidad.

5.- ***Finalidad de la acción reivindicatoria:*** Tiende a obtener la restitución de la cosa o el pago de su equivalente en dinero. En el derecho clásico rige el principio de la condena pecuniaria y, por ende no se puede privar al demandado de la cosa. Sin embargo, la fórmula de la acción reivindicatoria lleva cláusula arbitraria, en virtud de la cual, el demandado puede evitar la condena restituyendo la cosa al demandante. Dicha restitución no sólo implica la devolución de la cosa sino que también:

a) La de los frutos y accesiones de la cosa: La cosa debía restituirse *cum sua causa*, con todos sus frutos y accesiones, distinción: i) el poseedor de buena fe debe restituir los frutos producidos o que hubieren podido producirse después de la litis contestatio; en especie si existen o su valor pecuniario, tratándose de los consumidos; ii) el poseedor de mala fe debe restituir además de los anteriores, los frutos separados, consumidos o no, antes de la litis contestatio.[100]

b) La de los deterioros sufridos por la cosa. La restitución comprende también los daños producidos a la cosa después de la litis contestatio, mediante indemnización en dinero o con su restauración.[101] Por los daños causados antes de la litis contestatio sólo responde el poseedor de mala fe.[102]

c) Los gastos que el poseedor hubiese hecho en la cosa .Por su parte, el actor debe cancelar al demandado, siempre que éste sea poseedor de buena fe, el valor de las impensas, de las mejoras realizadas por éste en la cosa, siempre que lo hayan sido antes de la litis contestatio y tengan el carácter de:[103]

i) ***"necesarias",*** o sea, de tal naturaleza, que sirvan para la conservación de la cosa, y cuya omisión la habría hecho perecer o deteriorarse, como por ejemplo la refacción de un edificio o la alimentación de un animal.

ii) **"útiles"** esto es, dirigidas a aumentar el valor venal de la cosa, es decir, aquellos gastos sin los cuales la cosa no se menoscaba, pero que, una vez hechos, la convierten en más fructuosa.

iii) Se excluye, por tanto, el pago de las impensas ***"voluptuarias o "voluptuosas"***, o sea, de aquellas suntuarias o superfluas, de lujo o embellecimiento que aumentan el valor de la cosa sin relación con el gasto de la impensa, jardines, fuentes, cascadas artificiales, etc.

Tratándose de la reivindicatio de inmuebles, la indefensio del demandado da lugar al interdicto quem fundum, y de muebles, al iussum rem dici vel ferri, que permiten al actor entrar en posesión de la cosa. Tratándose de cosas muebles no

---

[99] Esto significa que no pueden reivindicarse las cosas funribles.

[100] Estas restituciones son exigidas mediante una vindicatio especial respecto de los frutos existentes (extantes) y mediante condictio de su valor con respecto a los consumidos (comsumpti).

[101] Siempre que hubieran sido inferidos con culpa o dolo, según los sabinianos, pero incluso por caso fortuito, según los proculeyanos.

[102] Esta responsabilidad se ajusta a las reglas generales, ya que el dueño debe entablar la actio legis aquiliae en contra de dicho poseedor, es decir, el asunto no queda incluido en la restitución dentro del juicio reinvindicatorio.

[103] Cuando el demandado en el juicio reivindicatorio prevé la posibilidad de perderlo y ha hecho inversiones en la cosa, debe adelantarse a exigir la inserción de una exceptio doli en virtud de la cual puede retardar la restitución hasta que le sean abonadas las impensas.

presentes in iure, como previa a la reivindicatio puede otorgarse una acción para mostrar o exhibir la cosa.

Formula de la Acción Reivindicatoria.

Ticio sé juez: Si consta que AA es propietario quiritario del fundo Capenate de acuerdo al derecho de los quirites, tu juez condena NN, a cuanto valga el fundo, a menos que ante tu mandato restituya, en cuyo caso absuélvelo.

La acción reivindicatoria en el derecho post-clásico

El derecho post-clásico introdujo algunas reformas:

a) La acción se hizo posible no sólo en contra del actual poseedor, sino también en contra de los llamados "poseedores ficticios". Se entiende por tales: i) al poseedor que dejó dolosamente de poseer, antes de la litis contestatio, para evitar la acción y, ii) al que no es poseedor pero se hace pasar por tal en el juicio, con el objeto de que el verdadero poseedor pueda adquirir por usucapion.

b) Constantino permitió dirigir la acción en contra de los meros tenedores para el efecto de obligarles a declarar el nombre del poseedor civil; en caso de negativa, se los considera poseedores y legitimados definitivos de la acción.

c) El poseedor de mala fe es considerado como un administrador de cosa ajena, y responde no sólo por los frutos separados, sino también por los que un buen administrador hubiera percibido. Además, puede pedir el reembolso de las impensas necesarias y útiles, porque no se considera justo enriquecer al dueño con ellas. También dispone de un "derecho de separar", los agregados que correspondan a impensas voluptuarias, siempre que sean separables. Por su lado, el poseedor de buena fe debe restituir los frutos separados y no consumidos antes de la litis contestatio.

ACCION NEGATORIA

El propietario civil podría ejercitar una serie de acciones reales para negar la existencia de derechos que limitan su propiedad. Estas acciones se reúnen bajo el nombre genérico de "actio negatoria".

El propietario debía probar su propiedad y las perturbaciones, y el demandado, el derecho que alegaba sobre la cosa. La sentencia condenatoria del juez tenía como efectos:

- Declarar la cosa libre de los pretendidos derechos;
- La reposición de la situación anterior a la perturbación realizada por el vencido; y
- Obtener una caución que le garantizará frente a futuras perturbaciones (cautio de non amplius turbando).

Formula de la acción negatoria

Ticio se juez: Si resulta que no pertenece a NN el derecho de usar y disfrutar del fundo de que se trata contra la voluntad de AA, si no le ha sido restituida la cosa a AA según tu arbitraje, condena oh juez a NN a pagar a AA cuanto valga la cosa y si no resulta, absuélvele.

ACCIONES SOBRE RELACIONES DE VECINDAD

Son acciones que se conceden a los propietarios de fundos rústicos para dirimir las controversias y litigios que se suscitaban por las relaciones de vecindad:

- ***Acción para el deslinde de fincas*** (iudicium o actio de finium regundorum). Originariamente se ejercita en relación con los agri limitati y versaría sobre el limes o lindero de cinco pies que debía dejarse entre los fundos pertenecientes a diversos propietarios.
- ***Interdicto para recoger la bellota*** (de glande legenda). Este interdicto, que tiene como precedente un principio de las XII Tablas, tenía como finalidad el obligar al vecino a permitir que el demandante, en días alternos, pudiese pasar a recoger y a llevar la fruta que caía de su campo al del vecino.
- ***Interdicto prohibitorio sobre corta de árboles*** (de arboribus caedendis) que también tienen precedente de las XII Tablas: uno, para poder cortar las ramas que sobresalen en el fundo del vecino por debajo de los 15 pies.

ACCION DE DIVISION DE COSA COMUN (actio communi dividundo)

Por medio de esta acción el socio o condueño puede solicitar que se proceda a la división de la cosa común y cese el estado de comunidad de bienes.

III LA POSESION

Etimología.

La palabra "posesión deriva del verbo sedere que significa "estar asentado". Esta etimología ya muestra dos notas: i) que la posesión implica una cierta situación física con respecto a una cosa y, ii) que la cosa debe ser inmueble; este último aspecto desapareció y la jurisprudencia terminó por reconocer la existencia de una posesión de muebles.

Poseer, en efecto, significa tener material o físicamente una cosa; ***la posesión es entonces, la tenencia de una cosa determinada***. Se trata, en consecuencia, de un fenómeno de hecho, porque para tener una cosa no es necesario estar provisto de un título del que derive algún derecho a la tenencia; así por ejemplo el ladrón posee la cosa aunque resulta evidente que no tiene derecho a su tenencia.[104]

La posesión, es decir el tener una cosa bajo su control material o físico, es en sí misma un hecho, pero no por ello deja de ser una noción jurídica.

Para entender el concepto de posesión, es necesario partir por el análisis de la situación de quien es dueño de una cosa con respecto a ella misma. Al respecto es menester efectuar el siguiente análisis:

---

[104] Los juristas dice que la posesión es una res facti o "que tiene muchísimo de hecho", agregan "la propiedad no tiene nada en común con la posesión".

a) Si un individuo es dueño de una cosa y además la tiene en su poder y bajo su control, reúne las calidades de dueño y poseedor.

b) Si el dueño pierde la tenencia material de la cosa, subsiste el dominio, pero el dueño ya no tiene la posesión, por ejemplo porque la cosa le fue hurtada.[105]

De esta manera podemos distinguir dos situaciones:

a) Posesión unida al dominio.
b) Posesión separada del dominio.

Una tercera situación se presenta, cuando la posesión la tiene un tercero, pero en virtud de un derecho que le fue conferido por el dueño, como por arrendamiento o depósito.

Desde la perspectiva de los puros hechos no es distinta la situación del dueño, del ladrón y del arrendatario, todos los cuales tienen físicamente la cosa. ***En este punto es donde comienza a configurarse el concepto jurídico de posesión***.[106]

Posesión civil y posesión natural

El mero hecho de tener física o materialmente una cosa los juristas romanos suelen denominarlo "***posesión natural*** a la que nosotros podemos llamar también ***"mera tenencia". Los poseedores naturales o meros tenedores, no tiene la cosa como dueño, sino que en nombre del dueño y por ende, están permanentemente reconociendo dominio ajeno en consecuencia, nunca podrán llegar al dominio por usucapio***. Son poseedores naturales, entre otros: el arrendatario, el comodatario, el depositario, el pignoratario y el usufructuario.

La tenencia como dueño, recibe el nombre de ***"posesión civil"*** independientemente de que el poseedor sea verdadero dueño o no lo sea.

La importancia de la distinción radica en que ***mientras el poseedor civil que no es dueño puede llegar a serlo por el transcurso del tiempo, supuestos otros requisitos (por usucapio) el poseedor natural en cuanto tal nunca puede transformarse en dueño de la cosa que tiene por el simple transcurso del tiempo.*** Del mismo modo, el que ha perdido la posesión civil puede recuperarla en forma autónoma, con la reivindicatio si es el dueño, o con la acción publiciana si no lo es; el poseedor natural en cambio, si pierde la posesión o tenencia, por regla general carece de medios autónomos para recuperarla.

En resumen, la posesión civil, resulta ser el complemento de hecho del dominio y su manifestación externa: sin posesión, el dominio sería puramente teórico, y se tornaría en imposible el ejercicio de los actos de aprovechamiento que él confiere al dueño de la cosa, pues la única manera de poderla usar, disfrutar y disponer, es poseerla.

[105] Cuando decimos que pierde la tenencia material de la cosa, no estamos en el supuesto de que la entregó a otro por ejemplo en arrendamiento o usufructo, casos en los cuales sigue teniendo la posesión, porque la cosa se encuentra bajo su poder o control físico. Distinta es la situación si la cosa le es hurtada o vendida por otra persona a un tercero.

[106] Su paradigma es la tenencia del dueño, de modo que todas aquellas tenencias que son como la suya constituyen una categoría de posesión, mientras que las otras tenencias que no son como la del dueño, forman una categoría aparte. En efecto, aunque el ladrón no es dueño, tiene la cosa como tal; en consecuencia, su tenencia es como la del verdadero dueño. Peor ni el arrendatario ni el depositario, aunque también tengan la cosa, no la tienen como un dueño, sino que por contrario, están siempre reconociendo dominio ajeno.

La posesión civil

La jurisprudencia elaboró la teoría de la posesión civil, estudiando los requisitos necesarios para el juego del modo de adquirir llamado usucapio, consistente, en general, en la adquisición del dominio por la tenencia de una cosa durante un cierto tiempo. El problema era determinar cuando la tenencia física de una cosa permitía considerar que el transcurso del tiempo transformaba al tenedor en propietario. La respuesta fue que cuando esa consistía en una ***posesión civil es decir, en la tenencia de una cosa amparada por una justa causa posesoria[107];*** otras formas de tenencia (posesión natural) no conducen a la usucapio, como son la tenencia de cosas en virtud de derechos personales, llamada possessio naturalis (por ej.: la del arrendatario o del comodatario) o en virtud de derechos reales, llamada usus (como por ejemplo la del usufructuario o del acreedor prendario, sin perjuicio de ser este último un poseedor pretorio).

Elementos de la posesión

De todo lo dicho, se desprende que son elementos constitutivos de la posesión, por un lado, ***la tenencia material de la cosa, y, por otro, la existencia de una justa causa de dominio***.

1.- ***Por lo que respecta a la tenencia de la cosa***, consiste ésta, precisamente, en el hecho de controlar físicamente el bien. Supone, en consecuencia, una relación física entre el cuerpo del poseedor y la cosa misma, que basta sea inicial al momento de tomar la posesión, no siendo necesario que esa relación se mantenga permanentemente. Esto es lo que las fuentes clásicas denominan possessio corpore (posesión en el cuerpo). Para explicar ciertos casos límite los proculianos hablaban de un segundo tipo de posesión, la possessio animus (posesión con el alma), que es casi una expresión metafórica, consistente en estimar que así como el cuerpo se vale de sus brazos para adquirir la posesión de una cosa, así también ésta podría adquirirse como con los brazos del alma, que es el conocimiento. El caso límite en el que juega este concepto es el de la adquisición del tesoro, pues los proculianos estimaban que el dueño o poseedor del terreno en el cual existía enterrado un tesoro, adquiría la posesión de este último desde el momento en que sabía de su existencia. El conocimiento de la existencia del enterramiento hacía, pues, adquirir la posesión, y esta posesión, decían ellos, que era ánimo (con el alma) "non corpore" (no con el cuerpo). Tal postura, no era, sin embargo, aceptada por los sabinianos, quienes siempre exigían un específico acto de aprehensión física del bien para considerar al aprehensor como su poseedor.

2.- El derecho clásico además de la detentación física, exige precisamente una ***justa causa possidendi***, que es la que especifica la tenencia en sentido posesorio. Faltando ella, la tenencia queda reducida a ser una mera tenencia o posesión natural.

Concepto de justa causa

Para estos efectos, se considera la ***justa causa*** como ***aquel acto o hecho jurídico objetivamente destinado a producir o a justificar la producción del dominio, aunque, en el caso concreto, no hayan producido tal efecto.*** Se trata, en consecuencia, de analizar la función que estructuralmente está destinada a cumplir la justa causa sea cual sea el efecto que en cada caso produjo en concreto. Así por

[107] En el derecho postclásico se habla de título.

ejemplo la compraventa,[108] es, pues, una justa causa de dominio. Basta que alguien, haya recibido una cosa, para que pueda exhibir esa justa causa, es decir, para que se considere dueño, y lo normal será que en realidad lo sea.

Pero la circunstancia de que el vendedor no haya sido propietario de la cosa, pues ella pertenecía a un tercero a quien el vendedor la usurpó, no resta a esa compraventa en concreto su calidad de justa causa que posee objetivamente. El resultado será interesante para los efectos del dominio, pues el comprador no será a su vez verdadero dueño de la cosa (el dominio sigue perteneciendo al usurpado), pero si será considerado poseedor civil, pues tiene la cosa amparada por una justa causa, o sea, ***tiene la cosa como dueño.*** La consecuencia será que ese comprador, pasado un cierto tiempo, puede llegar a ser dueño en virtud de la usucapion.

Así, pues, la posesión civil puede estimarse como una apariencia de dominio, y de ahí que se repute al poseedor civil como dueño de la cosa mientras que alguien no pruebe lo contrario.

Justas causas posesorias

Las causas de posesión conforman una suerte de catálogo de actos y hechos que objetiva y abstractamente están dirigidas a fundar la adquisición del dominio de las cosas, a saber:

- ***Pro creditore***: Tal es la causa de posesión de aquellas cosas recibidas en propiedad para su devolución, es decir en calidad de debidas o acreditadas. Así por ejemplo en el mutuo.[109]
- ***Pro Soluto***: Corresponde esta causa al convenio para dación en dominio de una cosa como debida, a la que sigue su efectiva entrega, la cual entonces es poseída pro soluto (como pagado) por quien la recibió. La situación se produce frecuentemente como consecuencia del pago de cosas debidas por estipulación de dar y por legados damnatorios. ¿Por qué la obligación del vendedor de entregar la cosa al comprador no constituye a éste en poseedor pro soluto?[110]
- ***Pro Emptio:*** Cuando alguien celebra una compraventa, y la cosa le es entregada (tradición) por el vendedor en cumplimiento de su obligación de hacerlo, entonces el comprador consigue la tenencia de la cosa, que se cualifica como posesión en virtud del mencionado contrato. Se dice entonces que la posee por emptore (como comprador), en forma independiente, por supuesto, de que además se haga dueño.[111]

[108] La compraventa es justa causa, pero no el arrendamiento. La primera lo es porque aparece construida jurídicamente para fundar la transferencia del dominio (título translaticio de dominio), en tanto el arrendamiento tan sólo para trasladar la mera tenencia del uso y eventual disfrute de la cosa (título de detentanción), pero no su dominio.

[109] Aunque el carácter fungible del objeto del tal negocio resta importancia al problema posesorio, éste si tiene relevancia, en los casos de dare ob rem, como veremos más adelante.

[110] Porque la obligación del vendedor no es dare, esto es, de hacerlo dueño, sino de facere (entregar) y en consecuencia no puede haber solutio.

[111] Si el demando con una acción en cuya fórmula se incluye la cláusula arbitraria, opta por pagar la condena y no restituir la cosa, su posesión respecto de ella se dice ser también por emptore, como si la condena pagada fuese el precio de una compra.

- ***Pro Donatio***: si se entrega a título gratuito, sin contraprestación. La donación como justa causa de la posesión opera únicamente cuando adopta la forma real de tradición, con o sin mancipatio o in iure cessio si se trata de una res mancipi.[112]
- ***Pro Dote: También*** la dote que funda una posesión (como dote) es la que adopta una forma real (datio dotis).
- ***Pro derelicta:*** El abandono consiste en la dejación definitiva de la tenencia de una cosa que hace su poseedor de manera unilateral, esto es, sin respecto de determinada persona; cuando tal dejación la hace el dueño, su consecuencia es la extinción del dominio, de modo que la cosa se convierte en res nullius y cualquiera la puede adquirir por ocupación, mediante su efectiva toma de control material. El que la ocupa lo que hace es convertirse en poseedor
- ***Pro legato***: Se trata del legado vindicatorio y no del damnatorio ni de las demás formas de legado, es decir, de aquel legado que produce efectos reales, porque transmite el dominio de la cosa directamente del difunto al legatario; si éste toma efectivamente la cosa legada, la posee pro legato (como legado). Quien posee una cosa legada per damnationem, la posee, en cambio, pro soluto.
- ***Pro herede:*** (como heredero) Se configura respecto de las cosas halladas entre los bienes de un difunto que el heredero comienza a detentar efectivamente en cuanto heredero y con la creencia de ser tal; independientemente de que hubieran pertenecido o no al fallecido.

Una serie de causas que se agrupan bajo la designación de pro-suo, y no caben en las anteriores, como son las noxae deditio, la missio in possessionem ex secundo decreto, etc.

En todos estos casos, la detentación se transforma en posesión. Para los efectos de la usucapion, tienen ellas interés cuando, pese a la existencia de la justa causa, la propiedad no ha sido adquirida, como consecuencia de no haber tenido el enajenante o transmitente la propiedad civil de la cosa, como si se dona o lega una cosa ajena.

Adquisición, conservación y pérdida de la posesión.

1.- ***La posesión se adquiere***, en principio, corpore, es decir, mediante la efectiva aprehensión física de la cosa. Ya hemos visto que los proculianos, en ciertos casos, aceptaban una adquisición ánimo[113], es decir con el conocimiento o entendimiento. Esta adquisición puede hacerse personalmente o por medio de dependientes (hijos, esclavos, mujer in manu), o por un administrador general (procurador omnium), esto siempre padre, amo o marido lo sepan. Los impúberes no infantes pueden adquirir la posesión sin auctoritas, pero no los infantes. Se entiende que esta aprehensión hace adquirir la posesión sobre la base de existir la justa causa, aunque a veces la aprehensión y la justa causa se confunden, como ocurre en el caso de la ocupación.

2.- ***La posesión se conserva*** mientras existan la tenencia y la causa. En principio esta debe ser corpore et animo; pero hay casos en que los juristas admiten su mantención tan sólo con el alma, lo que tiene lugar en aquellos eventos en que el poseedor efectivamente no está con la cosa, pues la ha dejado, pero no definitivamente como abandonada o enajenada, sino bajo el entendimiento de volver a ella o de recuperarla, así por ejemplo, en los casos de transferencia de la tenencia en virtud de derechos

[112] Lo que se paga en virtud de una promissio con causa donatoria, en cambio, no es poseído pro donato sino pro soluto.
[113] Debe recalcarse que animo no significa voluntad o intención de adquirir la posesión.

personales o reales a favor de terceros (usufructo, arrendamiento) no se considera que el dueño pierda la posesión ni que el tercero la adquiera. Aquél continúa poseyendo a través del tercero, quien posee a nombre del dueño. En el derecho postclásico, se acepta la conservación animo tantum. Otros ejemplos son el de la echazón de mercadería la mar para aligerar la nave en peligro de hundirse; la posesión de los predios de estación, se usan sólo en verano o en invierno, etc.

3.- ***La posesión se pierde*** cuando cesa cualquiera de sus dos elementos. [114]

La pérdida de la tenencia a su vez, puede producirse:

a) ***Corpore et animo***, cuando se pierde el efectivo control material de la cosa y el entendimiento, conocimiento o conciencia de volver a tenerla, por ejemplo cuando es tradida a un tercero o abandonada.

b) ***Corpore,*** si alguien deja de tener su efectivo control físico por un acontecimiento que no depende de su voluntad, por ejemplo hurto de bienes muebles, extravío definitivo de la cosa, la inundación permanente de un inmueble.

c) ***Animo,*** es una hipótesis muy delimitada, que supone los casos en que luna tenencia se venía conservando sólo animo pero no corpore, si el poseedor empieza a dar la cosa como totalmente perdida para él, como por ejemplo cuando un predio de estación es ocupado por otro y, noticiado del hecho el poseedor, lo considera como poseído por el ocupante.

Dos aspectos del derecho postclásico sobre la posesión

1.- ***Corpus y animus*** El derecho postclásico aprovechó la teoría proculiana,(posesión con el alma o animus) y construyó un nuevo teoríasobre la base de la forma normal de adquirir la posesión, es decir, corpore, dos elementos distintos de la posesión, que se construyó entonces como la tenencia material de la cosa (corpus) acompañada de la intención de ser dueño (animus possidendi), con ello varió el carácter del animus proculiano, que era un concepto ***intelectivo***, pasando a ser un concepto ***volitivo,*** muy acorde con la tenencia postclásica de dar importancia a la voluntad.[115]

2.- ***Quasi possessio***. Para el derecho clásico la posesión civil sólo es posible respecto de cosas materiales (corpore), y no de derechos. Los bizantinos, sin embargo, llegaron a considerar que también la posesión era procedente tratándose de derechos reales, hablando en este caso, de quasi possessio. Esta posesión se tipifica como el ejercicio de hecho de un derecho real, independientemente de si realmente existe el derecho.

---

[114] Si por ejemplo, la cosa es hurtada al poseedor, aunque la causa subsiste, aquél pierde la posesión por haber desaparecido la tenencia; también la pierde si dona la cosa, y la retiene como depositario, por haber cesado la causa aunque se conserve la tenencia; si en vez de retenerla la entrega al depositario ya no hay si causa ni tenencia.

[115] La moderna teoría de la posesión se funda en este concepto. Así nuestro Código Civil define la posesión en el artículo 700 como la tenencia de una cosa determinada. Expresa asimismo, que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no manifieste lo contrario.

Caio no tendrá la titularidad del usufructo, pero, para los bizantinos, tendrá su (quassi) possessio. Como consecuencia de ello, podrá adquirirlo por prescripción de largo tiempo.

AMPARO DE LA POSESIÓN CIVIL

Quien además de poseer civilmente una cosa, es dueño quiritario de ella y pierde su posesión, puede recuperarla mediante la acción reivindicatoria, pero no puede ejercerla el poseedor civil no dueño, cuando dejó de poseer.

En la época imperial la acción puede ser conferida:

1.- Al adquirente de una res mancipi por que adquirió por tradición y no por mancipatio o in iure cessio.
2.- Al que recibió por tradición una cosa identificable o no fungible de quien no era el verdadero dueño (a non domino).

La posesión civil se ver protegida, en estos casos, por una acción pretoria ficticia llamada actio Publiciana[116]. Su fórmula es la siguiente: "Si Aulo Agerio compró de buena fe el esclavo Estico, y este le fue entregado, suponiendo que lo hubiere poseído durante un año, de modo que entonces le pertenecería según el derecho de los quirites, a no ser que dicho esclavo sea restituido por Numerio Negidio, condena a NN, a pagar a AA, tanto cuanto valga el esclavo al momento de la sentencia; si no resultara absuelve".

Esta acción primordialmente está destinada a amparar al poseedor no dueño que, por tanto, no puede usar la acción reivindicatoria. Como consecuencia de ello, el pretor, sobre la base de que haya poseído la cosa, finge que dicha posesión se prolongó durante el tiempo necesario para usucapirla, de modo que dicha cosa pasó a pertenecer al actor. De esta manera el podrá recuperarla.[117]

Si bien la acción nació impulsada por el deseo de proteger al poseedor de una cosa mancipi adquirida por tradición y al poseedor que adquirió de quien no era el verdadero dueño; tales finalidades no se manifiestan expresamente en la fórmula. Por tal razón dicha acción también pudo ser usada por el verdadero dueño civil, que perdió la posesión, en sustitución de la reivindicatoria, atendido lo gravoso que resultaba su prueba.

La acción publiciana, que se concede al propietario bonitario, contra cualquier persona que la posea, tiene diferentes efectos, según sea el demandado:

- ***Si es el verdadero propietario civil*, *y el demandante o ex poseedor adquirió de quien no era el verdadero dueño,*** aquél puede rechazar la acción mediante una excepción de justo dominio (exceptio iusti domini), en consecuencia el actor pierde el litigio y no recupera la posesión.
- ***Si es el verdadero propietario civil y el demandante recibió del él la cosa mancipable sin las formalidades requeridas*** (mancipatio o in iure cessio), la excepción de justo

[116] Dicha acción fue introducida quizá por el pretor Quinto Publicio el año 67.
[117] Lo único fingido en esta acción es el plazo de usucapion, el demandante por tanto, debe probar la tradición de la cosa, la justa causa, la buena fe, la usucapibilidad de la cosa y la existencia de posesión. Por lo tanto es erróneo afirmar, que en la acción publiciana se finge el dominio de la cosa.

dominio no prosperará si el actor replica con la replicatio de cosa vendida y entregada (rei venditae et traditae) si es comprador, y si la recibió por otra causa, con la replicatio doli, que enerva la excepción y permite el éxito procesal del demandante.

- ***Si se trata de un poseedor y no de verdadero propietario civil***, ejercita contra él la acción, no dispondiendo en tal caso el demandado de la excepción de justo dominio.

POSESION PRETORIA O INTERDICTAL

1.- Origen.

El origen de la posesión se remonta a los asentamientos (sedere: estar asentado) en tierras del ager publicus distribuidas a los particulares, a cambio de un pago periódico llamado vectigal. Como quiere que el dominio de esas tierras pertenecía al populus y no al vectigalista, en principio estos no disponían de defensa en caso de ataques de hecho a sus asentamientos; pero al pretor los amparó a través de interdictos. El primero de ellos fue al interdicto uti possidetis, y progresivamente se desarrolló este sistema de protección por medio de otros interdictos para casos diversos.

El concepto de posesión es doble. Una es la posesión de cosas protegidas por interdictos y otra es la posesión de cosas vinculadas al dominio, es decir, aquella del dueño o bien aquella del no-dueño, pero que puede llegar a serlo a través del transcurso del tiempo, mediante el modo de adquirir llamado usucapio. Hablemos, así, de ***posesión pretoria o interdictal y de posesión civil.*** Debe, sin embargo, tenerse presente que la ***posesión interdictal es más amplia que la civil y la comprende.*** Esto quiere decir que también esta última se encuentra protegida por interdictos; pero que, además de ella, los interdictos posesorios amparan otras situaciones de tenencia que no son posesión civil, es decir, de tenencias que no conducen a la adquisición de la propiedad por usucapion. Estos últimos casos, para efectos de la explicación, podemos considerarlos como ***posesión pretoria en sentido estricto***, en tanto que la consideramos en sentido amplio, cuando también incluye los casos de posesión civil.

Posesión pretoria en sentido estricto

Se trata de situaciones de tenencia no vinculada a la propiedad (posesión natural). Ello implica que quién detenta la cosa no puede exhibir una justa causa adquisitiva del dominio, no obstante lo cual, el pretor protege contra todos su tenencia por medio de los interdictos posesorios. El estudio de este tipo de posesión es en definitiva al estudio de los interdictos posesorios.

Los tenedores de inmuebles y muebles a quienes el pretor confiere amparo interdictal son los siguientes:

1.- ***El vectigalista,*** o tenedor de una parcela del ager publicus. Este no es dueño civil ni tampoco poseedor civil, por lo que no dispone de los recursos procesales que amparan a éstos; pero el pretor desde muy antiguo amparó su tenencia mediante interdictos, frente a los ataques de hecho que puedan sufrir de parte de terceros.

2.- ***El precarista,*** Es decir la persona que se encuentra asentado en un inmueble por ignorancia o mera tolerancia del dueño civil, sin que exista entre ambos un

vínculo jurídico con respecto al bien. En época clásica se aplica también a los inmuebles. La posición del precarista frente al dueño es absolutamente débil ya que éste puede revocar la concesión cuando lo desee, pero el pretor lo protege frente a terceros.

3.- ***El secuestratario (sequester),*** Es la persona a la que se le entrega una cosa disputada en un juicio reivindicatorio, en tanto se dirima la cuestión del dominio entre las partes; también su tenencia es protegida frente al ataque de terceros, aunque no es dueño ni poseedor civil.

4.- ***El pignoratario o acreedor prendario,*** Es quien ha recibido una cosa mueble o inmueble de otro en garantía del pago de una obligación propia o ajena, negocio que recibe el nombre de prenda.[118]

Clases de interdictos posesorios

Los interdictos posesorios protegen al poseedor frente a perturbaciones de hecho o materiales y pueden ser prohibitorios, que impiden hacer algo o restitutorios que permiten recuperar la cosa.

a.- Interdicto uti possidetis.

La formula de este interdicto rezaba así: "prohibo que se haga violencia para impedir que se continúe poseyendo tal fundo, que uno de vosotros posee sin violencia, clandestinidad o precario, respecto del otro".

Este interdicto se aplica a las posesiones de inmuebles.

El interdicto uti possidetis está destinado a mantener el poseedor en su posesión cuando éste se ve amenazado por un tercero del despojo violento y la orden prohibitoria se dirige en contra del litigante que posea, fuere cual fuere de ambos (duplicium interdictum). Vencer, pues, en el proceso interdictal al actual poseedor, y resultará vencido al no poseedor que intentó usar la violencia para despojar al poseedor. Sin embargo, el interdicto tiene una excepción: el actual poseedor no debe poseer, a su vez, con violencia (es decir, no debió haber adquirido la posesión usando la fuerza possessio vi), ni con clandestinidad (es decir, no debió adquirir la posesión subrepticiamente o con ocultamiento possessio clam), ni con precario (esto es, no debió ser un precarista). Estas situaciones viciosas, no obstante, para resultar eficaces a efectos del interdicto, solo deben existir respecto del otro litigante.

La posesión vi, clam o precario recibe el nombre de posesión viciosa o injusta.

Estas excepciones producen el efecto de hacer ineficaz la orden interdictal: es decir, si el despojador violento puede probar que el poseedor amenazado está respecto de él, con violencia, clandestinidad o precario, entonces el interdicto resulta inaplicable pero, en la práctica, implica aceptar el ejercicio de la autotutela a favor de quien violentamente pretende recuperar su posesión contra quién se la había arrebatado del mismo modo, o con clandestinidad o era su precarista.

---

[118] Otros poseedores naturales o meros tenedores, como el comodatario, el arrendatario o el depositario, o el usufructuario no están protegidos por los interdictos; sin embargo se les aplicaron algunos en calidad de útiles.

Sobre la base de que alguien alegue, que actualmente posee y que su posesión no es viciosa, el pretor emite el interdicto, pero no investiga la veracidad de dichos supuestos ni reacciona directamente si después se alega haber sido desobedecida su orden. En este caso da una acción ex interdicto, para verificar la existencia de los supuestos y el hecho de su posterior inobservancia. [119] Tal acción se tramite

La alegación de la posesión viciosa permite al interdicto cumplir una función recuperatoria en ciertos casos.

b.- Interdicto utrubi.

Su fórmula reza así: "Prohibe que se haga violencia para impedir que este esclavo, del cual se trata, sea llevado por aquel que lo tuvo más tiempo en su poder durante el último año, sin violencia, clandestinidad o precario respecto del otro".

Este interdicto se aplica a las posesiones de muebles, y procede respecto de las mismas personas a favor de quienes procede al uti possidetis, salvo, por su propia naturaleza, al vectigalista. Es prohibitorio, es decir, permite conservar la posesión, aunque también puede cumplir una función recuperatoria.

Los hechos sobre los que dicho interdicto se apoya, son sin embargo, diferentes a aquellos que sustentan el uti possidetis.

El interdicto utrubi no protege al actual poseedor del bien mueble, sino al que lo hubiera poseído por más tiempo dentro del último año, contado hacia atrás desde la emisión del interdicto No se trata, pues, de amparar la simple posesión, sino el mayor tiempo de posesión, durante el último año. Pero, al igual que en el caso del interdicto uti possidetis, al mayor tiempo de posesión tiene que haber sido sin violencia, clandestinidad o precaria respecto del otro litigante.

Este interdicto, en principio, sirve para conservar la posesión, pero también puede servir para recuperarla. Para el cómputo del tiempo de posesión, puede el interesado unir el de su antecesor, pero con todos los vicios que tenía su posesión.

Además de los interdictos antes estudiados, existen otros cuyo fin preciso es recuperar la posesión, si bien se advirtió que el utrubi, cuyo fin preciso es retenerla, puede cumplir función recuperatoria. Dichos interdictos son:

I.- De precario: su fórmula es: "Lo que de tal persona tienes en precario o dejaste dolosamente de tener, se lo restituirás". Este interdicto se da, pues, al dueño para que, dirigiéndose en contra de quien tiene algo suyo en precario, se lo restituya. No es necesaria la cláusula de posesión viciosa, porque se parte de la base que el actual poseedor es ya vicioso.

II.- Unde vi: su fórmula dice así: "Del lugar del cual durante este año, tú o tus esclavos, arrojasteis por la fuerza a tal, que poseía sin violencia, clandestinidad o precario respecto de ti, ahí lo restituirás".

Se concede este interdicto a favor del poseedor que fue despojado violentamente de un fundo por otro o por los esclavos de éste, siempre que el despojado, a su vez, no poseyera el fundo violenta, clandestina o precariamente respecto del despojador. Pasado un año del despojo, el interdicto no podía ser usado.

---

[119] Procedimiento per sponsionem.

III.- De vi armata. Su fórmula es: "Del lugar de donde tú o tus esclavos, con fuerza de hombres armados, arrojasteis a tal, le restituirás". Como puede apreciarse, para intentar este interdicto no se pone el límite de un año ni se exige en el despojado la carencia de vicios de fuerza, clandestinidad o precario, lo que se justifica por la gravedad que reviste el despojo armado.

IV <u>MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO</u>

Concepto.

Se entiende por modo de adquirir el hecho o, acto jurídico específicamente apto para la adquisición del dominio. Lo que caracteriza a un modo en consecuencia, es su aptitud específica de adquisición. Por ello la sucesión por causa de muerte, la conventio manu y la adrogatio no son, en el concepto romano, propiamente modos de adquirir, en cuanto no están destinados específicamente a ello.[120]

Clasificaciones

Estos modos admiten varias clasificaciones, sin embargo, sólo algunas ofrecen un interés práctico.

I.- ***Del derecho civil y del derecho de gentes***: El primero corresponde sólo a los ciudadanos romanos, como la mancipatio, la in iure cessio y la usucapio; los segundos, en cambio, corresponden a los modos de adquirir comunes a todos los pueblos y, por ende pueden acceder a ellos todos los hombre ciudadanos o peregrinos, como la tradición, la ocupación, el aluvión, la especificación, etc.[121]

II.- ***Originarios y derivativos:*** La distinción puede ser establecida en base a tres criterios. Por modo originario se entiende aquel:

a) Con que comienza un dominio nuevo.
b) Cuya eficacia productora del mismo no depende de un dominio anterior.
c) Cuya estructura no supone un correspondiente acto antecedente de otra persona que traspasa la cosa, tal como ocurre con la ocupación de animales salvajes.

Es derivativo el modo que:

a) Traslada un dominio anterior con todas sus cualidades y defectos.
b) Resultando eficaz en cuanto ese anterior dominio haya verdaderamente existido, porque
c) Hay traspaso de un enajenante a un adquirente, como sucede con la tradición.[122]

---

[120] En el derecho moderno la sucesión por causa de muerte es considerada un modo de adquirir.
[121] La distinción se difumina, si tenemos presente que el peregrino provisto de ius comercium puede celebrar la mancipatio.
[122] Estos criterios aunque aparecen claros, se oscurecen en su aplicación práctica, así por ejemplo la usucapio es aparentemente originario. Sin embargo, las cargas reales que gravaban a la cosa usucapida subsisten y las debe respetar el usucapiente. Otro ejemplo, en la in iure cessio, se trata de un modo derivativo, sin embargo, al tratarse de una declaración unilateral del magistrado que atribuye la cosa, su carácter es más bien originario.

III.- **Los modos de adquirir se clasifican en actos formales de atribución y en justa adquisiciones posesorias.**

Los primeros son aquellos en los cuales la adquisición se produce como consecuencia del empleo de ciertas solemnidades; los segundos, en cambio, generan la propiedad como base en la toma de posesión sin formalidades.

Pertenecen a los actos formales los siguientes modos: mancipatio, in iure cessio, adiudicatio y legado vindicatorio.

Son justa adquisiciones posesorias, la ocupación, la tradición y la usucapion.

Actos formales de atribución.

1.- La mancipatio.

Derecho arcaico.

El manicipium es un acto solemne que se celebra "por el bronce y la balanza" [123] [124] y sirve para adquirir el dominio de las res mancipi.

La mancipatio comenzó históricamente por ser una forma de venta real y solemne, al mismo tiempo. Real, porque consistía en el intercambio de la cosa por el precio, y solemne, porque dicho intercambio se hacía insertándolo en medio de ciertas formalidades. En este sentido se opone a la venta consensual posterior, consistente en el mero acuerdo de voluntades generador de obligaciones de entregar cosa y precio; de modo que la entrega no forma parte de la venta, sino que pasa a ser el cumplimiento de las respectivas obligaciones contraidas con la venta.

En su forma primitiva, la mancipatio consistía en un acto cuyas partes eran un mancipio dans (enajenante), un mancipio accipiens (adquirente), los cuales, en presencia de la cosa mancipada o de un símbolo que la representara (si se trataba de inmuebles, por ej., una teja) y ante cinco testigos,[125] ciudadanos romanos y púberes, el adquirente pronunciaba ciertas palabras rituales. Luego de lo cual un técnico en pasaje (librepens) pesaba una cierta cantidad de cobre que equivalía el precio. [126] En dicho acto, las palabras que el accipiens pronunciaba eran la afirmación de ser el propietario de la cosa y de haberla comprado por el cobre y la balanza de bronce, (persaes et libram). El enajenante podía permanecer en silencio, pero también podía emitir ciertas declaraciones relacionadas con la cosa a su régimen posterior (nuncupatio), por ej.: para reservarse el usufructo sobre la cosa, puede también precisar la cabida del predio.

La pesada del cobre se justifica en un tiempo en que el dinero, constituido precisamente por el cobre, no era acuñado oficialmente, de modo que quedase garantizada la cantidad de bronce y su ley por un sello público. De esta

---

[123] En general sirve para adquirir poder (mancipium) sobre personas y cosas. Deriva de manu-capere que significa tomar con la mano.

[124] Per aes et libram. Otros actos que conforman este género son el testamento per aes et libraam, el nexum, etc.

[125] Su misión es doble: por un lado, deponer acerca de lo ocurrido en él si es que con posterioridad tiene lugar una controversia jurídica y, por otro, servir como medio de publicidad del acto.

[126] "aes" El cobre sirve de medio de pago y jurídicamente es un precio.

manera, se hacía necesario que un técnico determinara la cantidad y ley de bronce, para que, así, el accipiens diera como precio lo que habían acordado con el dans.

Este modo se exige necesariamente para la transferencia de las res mancipi, y su efecto es constituir en propietario el accipiens. Precisamente porque tal es el efecto propio de la mancipatio el dans permanece responsable ante el accipiens para el caso de que, luego, se presentare un tercero demandándolo mediante la alegación de ser el legítimo dueño de la cosa. Si así sucediere, el dans debe defender el accipiens en el proceso reivindicatorio entablado por este tercero, y sí, de todos modos, éste es vencido (evicción), el accipiens puede, a su vez, demandar el dans mediante la actio auctoritatis, para exigirle el doble de precio por él pagado al dans, como indemnización.

La mancipatio en el derecho clásico

Cuando surge el dinero acuñado[127], el rito de la pesada del cobre perdió su razón de ser. El poder público, mediante su cuño, garantiza la cantidad y la ley del mental en cada moneda acuñada. No obstante, el rito de la pesada se mantuvo, solo que como un símbolo: se procedía entonces a tocar la balanza con una moneda de bronce (nummo uno[128]), con lo cual, el precio real no formaba parte de la mancipatio misma quedando independizado de ésta, incluso más, podía no haber precio. Con ello la mancipatio se conservó solo formalmente como una venta, pero, sustancialmente, pasó a ser un modo de adquirir el dominio independientemente de su causa real. La verdadera causa de la adquisición quedó así abstraída del acto, y entonces podía realizarse una mancipatio obedeciendo a diversas causas como una venta, una donación, una dote, un pago. La mancipatio, pues, de haber comenzado como una venta real y solemne, pasó a ser un modo abstracto de adquirir, por cualquier causa[129].

2.- La in iure cessio.

Como es sabido, la confessio in iure en un proceso reivindicatorio conduce a la addictio[130] de la cosa litigios por el magistrado a favor del demandante. Con ello, éste queda como propietario de dicha cosa. La ***jurisprudencia*** aprovechó este efecto de la confessio in iure en la reivindicatoria para construir un modo de adquirir llamado in iure cessio[131], consistente en, previo acuerdo de las partes, en virtud del cual una de ellas desea transferir a la otra un bien, por cualquier causa (venta, donación, dote, pago, etc.), para lo cual concurren ante el magistrado y simulan un acción reivindicatoria. La que va a adquirir reclama la cosa como suya, al modo en que lo haría si reivindicara dicha cosa, y la otra (el enajenante) se allana a la demanda (confessio in iure). Como consecuencia de ello, el magistrado pronuncia la addictio, y el demandante adquirente queda como propietario.

Este modo es apto para adquisición tanto de la res ***mancipi como de las res nec mancipi***, y su efecto es atribuir la propiedad. También en la in iure cessio la causa de la adquisición es abstraída y no forma parte del negocio, pues, permanece en el ámbito de los acuerdos previos entre partes, sin embargo, del mismo modo que en la mancipatio, la adquisición del dominio, depende de que el enajenante sea verdadero dueño de la cosa.

---

[127] La primera acuñación de moneda debió ocurrir alrededor del año 300 a.c.
[128] Con una moneda.
[129] Donar, constituir dote, acreditar, pagar, etc.
[130] O addicere, consiste en una declaración verbal y solemne de carácter atributivo o constitutivo.
[131] Cesión ante el Tribunal de magistrado.

3.- Adiudicatio.

En un proceso de partición, el juez queda autorizado mediante la cláusula llamada adiudicatio, para atribuir dominio particular o singular a cada comunero, sobre todo o parte de las cosas tenidas en común por ellos a título de copropiedad. Como quiere que, precisamente, mientras la cosa estuvo indivisa, todos eran dueños de todo, y luego de las adjudicaciones cada comunero pasa a ser dueño particular e individual, la adiudicatio o adjudicación constituye un modo de adquirir solemne para cada uno de ellos.

4.- Legado vindicatorio.

Una de las formas en que un testador podía beneficiar singularmente a determinadas personas con una literalidad no constitutiva de hereditas (legados), era el legado vindicatorio o per vindicationem, en virtud del cual se atribuye al legatario el dominio de una cosa no fungible. Una vez que el testamento adquiere eficacia, el legatario se hace dueño de la cosa, y puede ejercitar la acción reivindicatoria en contra del heredero, para obtener el bien cuya propiedad adquirió en virtud del legado.

Justas adquisiciones posesorias[132].

1.- La ocupación.

Consiste la ocupación en la adquisición de una cosa que no pertenece a nadie (res nullius) mediante su efectiva toma de posesión[133]. En consecuencia, los elementos de este modo de adquirir son dos:
a.- Que la cosa adquirida sea nullius; y
b.- Que dicha cosa sea cogida efectivamente, es decir, que se adquiera su posesión. Como consecuencia de ello, el ocupante adquiere de inmediato su dominio.

Como cosa sin dueño se consideraban:

a) Res nullius cosas que nunca han tenido dueño:

Piscatio: pesca;
Venatio: consistente en la caza de animales terrestres;
Aucupium: consistente en la caza de aves.[134] La jurisprudencia discutió en qué momento se adquiere la posesión del animal, y por tanto, en que momento deja de ser nullius; si basta herirlo y continuar en su persecución, o si es necesario cogerlo y capturarlo. Si la especie recupera definitivamente su libertad natura, su ocupante pierde el dominio y aquélla vuelve al estado de nullius.[135]

---

[132] El profesor Guzmán Brito los llama modos reales, ya que de ellos se deriva el dominio con base a su posesión, independientemente de cualquier forma solemne.
[133] El profesor Guzmán Brito señala que la ocupación es primordialmente una manera de obtener la posesión, de que se deriva el dominio como efecto automático.
[134] Estas tres categoría queda comprendidas en la ocupación de animales. En Roma hay libertad de pesca y caza, en aguas y tierras públicas y privadas, salvo que en este último caso el dueño ejerza el ius prohibendi, impidiendo el ingreso a su predio. El pescador y el cazador adquieren por ocupación las especies capturadas en aguas y predios propios o ajenos, incluso en contravención con el ius prohibendi del dueño.
[135] El artículo 608 del Código Civil recoge la distinción romana entre animales ***bravíos o salvajes, domésticos y domesticados,*** para los efectos de su ocupación.

b) La invención o hallazgo. Se adquieren por ocupación las cosas "encontradas o halladas en la costa de mar", como la piedras preciosas, las conchas o las perlas, que supone la efectiva toma de posesión de la cosa y no el mero hallazgo.[136] Si las cosas se encuentran en lugar privado, no son nullius sino del dueño del predio en principio.[137] [138]

c) Res derelictae: cosas abandonadas por su dueño. El abandono es un acto[139], consistente en la dejación definitiva de la posesión de una cosa, para que las haga suyas el primer ocupante.

Un caso típico de dejación de cosas que no constituye abandono, es el lanzamiento o "echazón" de mercaderías al mar, para aligerar la nave en peligro de zozobrar, a menos que el lanzamiento se haya hecho en el "entendimiento de abandonarlas. Por lo tanto, comete hurto el que las recoge con intención lucrativa, cuando, cuando el "ánimo" no ha sido abandonarlas.

Si lo abandonado es una res mancipi sólo se adquiere la posesión y necesitará usucapir con el título pro derelicto para ser dueño civil, entretanto es dueño pretorio o bonitario.

Si lo abandonado es res nec mancipi, según los sabinianos junto con la posesión se pierde el dominio; para los procuyelanos en cambio, el abandono de estas cosas no extingue el dominio, sino hasta que sean ocupadas por un tercero, caso en el cual las hace suyas, esto significa que en el tiempo intermedio no fue nullius.

c) Res hostiles: Cosas pertenecientes a los enemigos de Roma. Son ocupables cuando se reúnen los siguientes requisitos: i) se trate de muebles, se capturen en una guerra pública, iii) la captura la haga un particular, no un soldado.

2.- Adquisición de frutos.

El propietario adquiere los frutos por "separación" (separatio), como consecuencia de la extensión del derecho de propiedad a los productos que de ella nacen o derivan. También los adquiere de esta forma el poseedor de buena fe Existen casos en que personas distintas del propietario tienen derecho a los frutos por la recogida o la "percepción" (perceptio). Así, el vectigalista y el usufructuario. El principio general romano es que los frutos se adquieren no por derecho de siembra sino de propiedad. La percepción de los frutos por quien no tiene derecho puede considerarse como un delito de hurto.

3.- Especificación (specificatio).

Cuando una persona hace una forma nueva o una cosa distinta (nova species) con materia perteneciente a otro, se da el supuesto que los glosadores llamaron especificación. Ej.: el que hace un vaso con oro, plata o cobre ajenos, o con tablas ajenas, una silla o una nave, o con lana de otro confecciona un vestido, etc. Los sabinianos opinaban que la nueva especie era del propietario de la materia; los

---

[136] La idea de los juristas es que se trata de cosas generadas naturalmente, a modo de productos, por el mar y que éste arroja a la costa.

[137] El thesaurus o descubrimiento del Tesoro es una especie de "invención", sin embargo lo trataremos en otro lado. Revisar el artículo 625 del Código Civil.

[138] Resulta interesante revisar el artículo 624 del Código Civil.

[139] Los juristas a veces emplean la expresión "con ánimo de abandonar", expresión que alude a la idea de que el dueño conozca o sepa lo que hace y no a una voluntad interna dirigida al abandono.

proculeyanos la atribuían a quien la hizo o artífice, y daban al propietario la acción de hurto si la cosa había sido sustraída. Una opinión intermedia sostenía que era el dueño de la nueva especie era el propietario de la materia, si la cosa podía volver a su forma originaria (por ej.: el vaso) y; al artífice, si esto no era factible, (ej.: el vino o aceite con uvas o aceitunas ajenas). Justiniano acoge esta opinión intermedia, atribuyendo la nueva cosa al que la hizo si ha puesto una parte de la materia.

Resuelto el problema del derecho rea, se plantea otro en derecho de obligaciones ¿cómo evitar el enriquecimiento injusto? Los romanos lo resolvieron mediante el pago de una indemnización, al que pierde la materia o el trabajo, por medio de la excepción de dolo.

4.- Accesión.

Este modo de adquirir tiene lugar cuando dos cosas pertenecientes a distintos dueños, una principal y otra accesoria, se unen –natural o artificialmente- el dueño de la principal adquiere también la propiedad de la accesoria, siempre que la unión sea definitiva o inseparable. Si se pueden separar el dueño de la accesoria, ejercita una actio ad exhibendum previa a la reivindicatio.

Accesiones Fluviales

I.- Entre inmuebles o de inmueble a inmueble.

a.- Aluvión (alluvio) cuando el río deposita materiales de manera paulatina, en la ribera formando un nuevo terreno.
b.- Avulsio. El torrente de un río separa violentamente un terreno y lo deposita en otro.
c.- Insula in flumine nata. Cuando nace una isla emerge en un rio, la propiedad de la misma corresponde a los dueños de los predios ribereños. La atribución de la propiedad se hace estableciendo un eje en el río y, luego, trazando perpendiculares a ese eje.
d.- Alveus derelictus. Cuando el río abandona su lecho, formando un nuevo cauce, el terreno que queda al descubierto se atribuye a los predios ribereños, estableciendo un eje y trazando luego, perpendiculares a él.

II.- Accesiones de mueble a inmueble.

A estas categorías se les denomina adjunciones y el principio es que la superficie va al suelo, por ende el dueño del inmueble adquiere la propiedad de lo que se planta, siembra o edifica en él.

a.- Inplantatio (plantación).
b.- Satio - siembra.
c.- Edificatio - edificación.

III.- Accesiones entre muebles.

a.- Pintura - pictura.
b.- Escritura - scriptura.
c.- Ferruminatio. Soldadura o fundición de dos trozos de un mismo metal, de modo que se crea una unidad indistinguible: el dueño de la cosa principal adquiere también la accesoria, si bien con la obligación de indemnizar el valor de esta.

La plumbatio, en cambio, supone la unión de metales que pueden separase fácilmente, y por tanto el dueño de la cosa accesoria tiene la actio ad exhibendum para obtener la separación.

La confusión o mezcla tiene lugar cuando se ***mezclan*** cosas del mismo género, dos cantidades de trigo o de vino, los romanos consideraban a los propietarios de las cosas mezcladas como copropietarios del todo, en proporción a la cantidad de materia de cada uno que se mezcló.

Si las cosa eran fácilmente separables, cada propietario de las mismas lo seguía siendo y conservaba la acción reivindicatoria para reclamarlas, previa la oportuna separación.

Existe solo un coso en el que la ***commixtio o mezcla*** constituye un modo de adquirir, y que tiene lugar cuando lo que se mezcla son monedas.

El que recibía dinero de un tercero y mezclaba la monedas con las suyas, adquiría la propiedad de las mismas, aún cuando el que se las entregó no fuese dueño.

Adquisición del Tesoro.[140]

El tesoro es algo que ha permanecido oculto por mucho tiempo y por su antigüedad es imposible saber, quién es el dueño[141].

Según una disposición del Emperador Adriano. El tesoro pertenece por mitad al dueño del fundo y al descubridor. Solamente si el lugar del descubrimiento es sagrado o religioso pertenece todo el tesoro al descubridor.

El descubrimiento ha de acaecer en todo caso, de un modo casual.

La Tradición[142]

Tradición significa entrega, o el traspaso que una persona (tradens) hace de una cosa a otra persona, accipiens en virtud de una justa causa adquisitiva o de tradidición. Una entrega en sí misma, es un acto neutro, porque se puede entregar algo por diversas razones. Para que una entrega constituya modo de adquirir (traditio) es necesario:

a.- Que la cosa entregada sea nec mancipi: las res mancipi solo pueden transferirse por mancipatio y por in iure cessio, no por traditio; de modo que si se hace tradición de una de estas cosas, el adquirente en realidad no se convierte en propietario civil, sino en poseedor civil.

---

[140] Nuestro Código Civil en su artículo 625 señala que el descubrimiento del Tesoro es una especie de invención o hallazgo. Se llama tesoro las monedas o joyas, u otros efectos preciosos, que elaborados por el hombre han estado largo tiempo sepultados o escondidos, sin que haya memoria ni indicio de su dueño.

[141] Paulo (D. 41, 1, 3,1, 1) nos dice que e Tesoro es "un antiguo depósito de dinero, del cual ya no existe recuerdo, de forma que es como si no tuviera dueño.

[142] Nuestro Código Civil define la tradición en el artículo 670 como un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.

b.- quién entrega sea propietario de la cosa, pues, de otro modo, solo constituye al accipiens en mero poseedor civil y no en propietario.

c.- Que la entrega se hace en virtud de una justa causa. Este requisito es el que especifica a la tradición en el sentido de acto adquisitivo. Se entiende por justa causa el negocio jurídico precedente o coetáneo a la entrega que por su naturaleza justifica la adquisición del dominio.

Las justas causas de la tradición son[143]:

Solutio: como cuando se entrega un objeto debido.
Emptio: como cuando se entrega un objeto que se ha vendido.
Donatio: como cuando se entrega el objeto donado.
Dos: como cuando se entrega el objeto prometido en dote.
Creditum: como cuando se entrega un objeto que luego debe ser restituido, si no se realiza una contraprestación por quién lo recibió.

Faltando la justa causa, la tradición no es adquisitiva, y solo otorga la mera tenencia, como cuando se entrega un objeto dado en arrendamiento o en usufructo.

d.- Que haya efectivamente una entrega, es decir, el traspaso de la cosa. Esta entrega primariamente es ***material*** (mano a mano), pero se aceptaron formas ***fictas*** de entrega, como la de fundos (circumbalatio o rodeo del fundo a pié o en vehículo); o la traditio longa manu (señalamiento de una cosa), o la desocupación de la cosa para que el adquirente entre en ella; o la traditio brevi manu, consistente en que quien tenía la cosa como mero tenedor continué en su tenencia ahora como poseedor propietario o la traditio ***simbólica***, la entrega de llaves de un almacén o granero donde las mercancías están guardadas.

Otras consideraciones acerca de la Tradición.

1.- Causa Putativa: El derecho clásico exige una causa típica real para la eficacia dominical de la tradición, y no resulta suficiente el llamado título putativo, es decir, aparente: Se cree existente pero no existe en realidad.

2.- Capacidad: Para actuar como tradente en nombre propio es indispensable la capacidad de sui iuris como regla general. La mujer púber de tal calidad no requiere de la auctoritas del tutor mulieris si se trata de una res nec mancipi; los impúberes necesitan dicha autorización del tutor, en todo caso. La indicada regla vale también para el adquirente, pero ni la mujer púber ni el impúber necesitan de la autorización de sus tutores para adquirir.

3.- Legitimación para entregar: Para que la tradición permita adquirir el dominio civil, es necesario que el tradente sea dueño de la cosa entregada, de modo que rige la regla de que "nadie puede transferir para derechos de los que tiene".

Sin embargo, por el dueño pueden transferir válidamente: i) el hijo de familia a quien su pater le confirió autorización o que tenga la libre administración del peculio, ii) un esclavo en las mismas condiciones, etc.

---

143 Los últimos clásicos suelen hablar de título, expresión que se generaliza en el derecho postclásico, hoy decimos título translaticio de dominio, aquel que por su naturaleza sirve para transferir el domino.

4.- ***Legitimación para recibir:*** Pueden actuar por el dueño: i) el hijo de familia dotado con iussum o en el interior de un peculio; ii) el esclavo en las mismas condiciones, etc.

5.- ***La voluntad: La*** tradición es un acto de partes, en el que deben concurrir las respectivas voluntades. Se presenta el problema de determinar en orden a qué deben éstas concurrir. Al respecto podemos concluir que, dicha voluntad debe concurrir en el acto previo o justa causa de tradición, de manera que resulta irrelevante que mantengan o no la voluntad al efectuarse la entrega. Al revés, si hay entrega, pero la causa no alcanzó a formarse, no hay verdadera tradición, esto es, adquisición del dominio, aunque ambas partes hayan querido transferir y adquirir.

En consecuencia, no existe un requisito adicional, consistente en algún "***ánimo de transferir de "adquirir"***, locuciones que no figuran en las fuentes y que son acuñadas por algunos intérpretes. Pero es claro que la entrega en sí misma, exige la concurrencia de voluntades, pero no están encaminadas a la transferencia y adquisición del dominio ni de l a posesión, sino que ella esta acotada a entregar y recibir la cosa en tenencia, de manera que es el derecho quien convierte la operación en dominical, por un lado, y en civilmente posesoria por otro, merced al efecto cualificante de la justa causa, con independencia de la voluntad de las partes.[144]

USUCAPION (USUCAPIO) Y PRESCRIPCION DE LARGO TIEMPO (longi temporis praescriptio).

"La usucapión es la adquisición del dominio por la posesión continuada durante uno o dos años: un año, para las cosas muebles; dos, para las inmuebles".[145]

El régimen de la usucapión atraviesa por una compleja y larga evolución histórica, por lo que es necesario distinguir las siguientes etapas:

I.- Régimen primitivo de las XII Tablas; II.- Reformas de la jurisprudencia clásica; III.- Prescripción de largo tiempo; IV.- Régimen del Derecho postclásico y justinianeo.

I.- Régimen primitivo de las XII Tablas.

Según un precepto de las XII Tablas, la garantía debida por el enajenate al adquirente era de dos años, cuando se trataba de enajenación o venta de fundos, y de un año para las restantes cosas. Por el transcurso de estos plazos, y en virtud del usus[146] se atribuía la propiedad al adquirente, cesando por ello la garantía (auctoritas) del enajenante. Por este motivo, la usucapión comenzó por ser un complemento de la mancipación. Gayo 2,41, habla de la finalidad de adquirir la propiedad de una res mancipi, que no se ha transmitido por mancipación o cesión ante el pretor, sino por simple entrega o bien cuando quien entregó no era el verdadero dueño de la cosa.

La ley de las XII Tablas disponía que para las cosas excluidas de la usucapión la garantía era ilimitada. Así, la ley excluía de la usucapión las siguientes cosas:

[144] La exigencia de un consentimiento específico en orden a transferir y adquirir el dominio, haría innecesario el requisito de la justa causa típica.

[146] Aquí significa la detentación de hecho de cualquier poder y, por tanto, sobre cosas o personas; aplicada a las cosas denota lo que después se llamó uniformemente la posesión civil.

- Las que habían sido hurtadas (res furtiva).[147]
- Las que pertenecían a un extranjero. El precepto de las XII Tablas disponía que en relación al extranjero la garantía era perpetua.
- Las cosas enajenadas por la mujer sin la auctoritas del tutor.
- La linde (limes) que se dejaba entre las fincas rústicas.
- El lugar destinado a la incineración.
- Las cosas incorporales, en razón de que sobre tales cosas por su naturaleza no hay posesión.

II.- Reformas de la jurisprudencia clásica.

Por influencia de los juristas, se extiende el ámbito de las cosas que no pueden ser objeto de usucapión, como es el caso de los inmuebles poseídos por la violencia, en virtud de la Lex Iulia y Pautia, que prohibe usucapir las cosas poseídas por la violencia.

Sobre la base de la Ley Decenviral, la jurisprudencia completo y delineó la figura como un modo de adquirir del ius civile; desde luego lo extendió a las res nec mancipi, pero además de la posesión y del tiempo legal, exigió la concurrencia de una "***justa causa de usucapion" y "la buena fe".***

La buena fe o recta conciencia del usucapiente de que posee legítimamente y no lesiona derechos ajenos, nació inspirada por la prohibición de usucapir las res furtivas, contenida en la ley de las XII Tablas. No se encuentra en las fuentes un concepto general de buena fe, pero los juristas estimaron que ésta consistía en "***creerse dueño".*** En los casos en que el poseedor obtuvo la cosa por virtud de un modo reconocido en el derecho civil y objetivamente eficaz según él, hay buena fe en la medida en que él ignore ser ajena la cosa o, lo que igual, en que la crea propia.[148]

La buena fe se refiere en el momento de iniciarse la presión, la mala fe sobrevenida no impide la usucapión.

Como la buena fe es un estado interno de conciencia, y difícil de probar, el usucapiente no tiene la carga de hacerlo, de modo que se le reconoce la buena fe desde el momento en que exhibe y prueba su causa; por el contrario, es el que alega la mala fe del usucapiente quien debe probarla.

El requisito de la buena fe tiene algunas excepciones como sucede en la usucapio pro herede (usucapión como heredero), que tiene lugar cuando alguien poseía bienes de una herencia yacente, podía llegar a una usucapir la herencia en su totalidad, sin el requisito de la buena fe.

La usucapión, conservó su antigua función de complementar una mancipatio dominicalmente defectuosa, pero adquirió otras, por ejemplo cuando en la in iure cessio o en la tradición, la entrega fue realizada por quien no era el verdadero dueño

---

[147] La prohibición la encontramos en la ley de las XII Tablas, completada por una lex Atinia (quizá del año 197 a.c.), que mantuvo la prohibición mientras la cosa no volviera a manos de la víctima del hurto. Si bien la jurisprudencia interpretó dicha norma en el sentido de exigir para el cese del vicio, no a la víctima (un comodatario por ejemplo) sino al dueño de la cosa. En época clásica el vicio de furtividad opera objetiva y no subjetivamente: la cosa que fue hurtada no puede ser usucapida desde luego por el ladrón, más tampoco por cualquier tercer poseedor, aunque ignore la furtividad.

[148] En las adquisiciones por ministerio del magistrado o del juez, el conocimiento de la ajeneidad no obsta la buena fe. El que adquiere de un incapaz está de mala fe.

y, en general para suplir cualquier modo de adquirir y que habían sido ineficaces. Sirvió además, ***de medio para probar el dominio*** de una cosa a quien es dueño de verdad, y evitarse de esta manera tener que recurrir a la "prueba diabólica", siendo suficiente al dueño, exigir que se le tenga como dueño por usucapión.

La jurisprudencia contempla además que la posesión civil debe ser ***continuada e ininterrumpida*** y se entiende que la posesión efectiva de la cosa por un tercero o por el propietario ***interrumpe*** la usucapión y hace perder al poseedor civil el plazo transcurrido. La interrupción consiste en la pérdida de la posesión debido a cualquier causa natural o del hombre, como la inundación permanente o la invasión del fundo y el extravío de la cosa mueble o su hurto.

Los plazos exigidos por la ley de las XII Tablas estuvo en vigencia durante toda la época clásica.

Si el poseedor muere, su heredero puede completar el tiempo de usucapión iniciado por él.[149] Esta accesión de posesiones significa que: i) el heredero puede sumar el tiempo de posesión ya transcurrido antes de la muerte del causante al suyo propio, ii) la buena fe del causante aprovecha al sucesor aunque éste carezca de aquella y, iii) la mala fe del causante daña al heredero, no obstante encontrarse éste de buena fe.[150]

Prescripción de largo tiempo (longi temporis praescriptio)

La usucapión de derecho civil sólo podía realizarse por los ciudadanos romanos y por los latinos. Recaía sobre las cosas que podían ser objeto de dominio. Se usucapían los predios itálicos pero no los provinciales. Durante el Principado, existe un medio para proteger la larga posesión de los fundos situados en las provincias,; se admitió que el que había poseído sin perturbación durante diez o veinte años (según que el propietario viviese en la misma o en distinta ciudad) estaba protegido frente a la acción reivindicatoria del dueño. El recurso para oponerse a la reclamación era una especie de excepción procesal, que se conocía con el nombre de "prescripción de largo tiempo". Se trataba de un medio de defensa que se concedía a los poseedores de predios.

Desde la época de los Severos, esta prescripción se convierte en modo de adquirir la propiedad, como lo era la usucapión. Se le aplican los mismos requisitos de la buena fe y la justa causa. Para el cómputo del plazo de prescripción se tiene en cuenta no sólo la posesión del heredero, sino la llamada ***accesión de posesiones***, o la acumulación al plazo del poseedor actual, del tiempo que completó la persona de quien se recibió la cosa, por causa entre vivos. La prescripción se interrumpía, además de por una privación de la posesión, por la ***reclamación procesal***. El plazo se ***suspende*** o no corre en los casos en que los titulares son incapaces o están ausentes por servicios públicos.

[149] Accesión de posesión.
[150] Parece que el derecho clásico ignoró la posibilidad de agregar posesiones entre vivos, de manera que un adquirente pudiera aprovecharse de la de su enajenante. Ello es concorde con los principios de tal derecho que no reconocen una sucesión a título singular.

Régimen del derecho postclásico y justiniano.

A partir del siglo III, la concesión de la ciudadanía y la desaparición de las distinciones clásicas de las cosas y de los fundos, hace que no tengan sentido las diferencias entre la usucapión y la praescriptio.[151]

Teodosio II establece una prescripción extintiva de todas las ***acciones*** por el transcurso de treinta años. Una constitución de Constantino introduce la llamada prescripción de larguísimo tiempo (praescriptio longissimi temporis), que puede oponerse como excepción a cualquier acción reivindicatoria después de cuarenta años, aunque se haya iniciado sin buena fe y justo título.

Justiniano, en materia de usucapión, sigue las dos tendencias de su derecho: de una parte, reúne las normas clásicas y las simplifica; de otra parte, continúa la legislación postclásica y unifica los dos sistemas de la usucapio y de la praescriptio. Por ello, aplica a las cosas muebles el plazo de la usucapión, que aumenta a tres años, y el de la prescripción, de diez o veinte años (según residiesen en la misma o en distinta provincia) para los inmuebles. Para casos particulares, extiende la prescripción a los treinta años, y en bienes del fisco o de la Iglesia y de venerables lugares aplica la prescripción extraordinaria exige la buena fe pero no la justa causa.

DERECHOS REALES SOBRE COSA AJENA

El más intenso poder que se puede tener sobre una cosa es el dominio. A tal grado llega dicho poder, que los romanos identificaban el dominio con la cosa misma. Pero, junto a ese poder máximo, existen otras posibilidades menos intensas, que también se configuran como derechos reales, es decir como poderes autónomos.

I.- El usufructo

1.- Concepto.

El usufructo en el derecho real de aprovechar los frutos de una cosa no fungible e inconsumible ajena, con exclusión de toda facultad de disposición sobre ella.[152]

Existiendo este derecho, resulta que sobre una misma cosa se ejerce al dominio cuyo titular recibe el nombre de propietario (o nudo propietario), y enseguida el usufructo, cuyo titular recibe el nombre de usufructuario. A este último corresponde el usus y el frui (además de la posesión natural), y al propietario, el habere y la posesión (civil). Como se da una concurrencia de dos derechos sobre una misma cosa, el dominio queda limitado, precisamente al habere y a la posesión (civil), e incluso, el habere, solo, a la facultad de disposición jurídica, ya que cualquier acto de disposición material entraba el usus o el frui que pertenecen al usufructuario.

2.- Origen.

El usufructo nació en el ámbito familiar, como manera de asegurar a la mujer casada sine manu, que enviudaba, la conservación del uso de la cosa familiar y sus terrenos. Se trató, por tanto, en sus orígenes, de una disposición testamentaria del marido. Con ello, junto con garantizar la manutención de la mujer, se aseguraba que los

---

[151] La prescripción aparece como una suerte de sanción por el silencio en que se mantuvo el titular de los derechos durante el tiempo previsto, de modo que éstos no tengan posibilidad de subsistir más

[152] Paulo define a esta figura como un Derecho en cosas ajenas del usar y disfrutar manteniendo a salvo la sustancia de las cosas.

bienes dados en usufructo no saldrían de la familia del marido para desviarse luego a los herederos de la mujer, ya que, con la muerte de ésta, el usufructo se extingue, y el propietario (los herederos del marido) readquieren el usus y el frui, consolidando su dominio. Con posterioridad, el usufructo pudo constituirse entre vivos.

3.- Constitución.

a.- Por in iure cessio usus fructus: consistente en simular una vindicatio usus fructus, en la que el demandante-adquiriente reclama como suyo el usufructo y el constituyente-demandado confiese la veracidad de aquella afirmación; el magistrado pronuncia la addictio y el usufructo queda constituido.

b.- Por adiudicatio: el árbitro partidor está autorizado para imponer usufructos a ciertos comuneros en la división de bienes comunes, reservando a los otros la nuda propiedad.

c.- Por legado vindicatorio: Modo de adquirir con que el testador, usando la fórmula "doy y lego el usufructo de... a...", le asigna la cosa a determinada persona; una vez que el legado alcanza su eficacia, el derecho queda automáticamente atribuido al legatario, quien dispone de la acción real para reclamarlo, normalmente al heredero.[153]

d.- Por deductio usus fructus; (deducción) consistente en reservarse un enajenante el usufructo sobre el bien que enajena en una mancipatio o en una in iure cessio, con lo cual lo transferido es el dominio sin el usus y el frui.

4.- Características

a) ***Es personalísimo e intransferible.*** Esto significa que el usufructuario no puede transmitir (por causa de muerte) el usufructuario, pero si puede ceder su ejercicio, tanto onerosa como lucrativamente.

b) ***De carácter temporal.*** No puede constituirse por un plazo superior, que la vida del usufructuario.

5.- Facultades del usufructuario.

Aprovechar los frutos de la cosa (tanto naturales como civiles). Como ello no sería posible sin el uso, detenta también esta facultad. Los frutos a que tiene derecho son tanto los naturales como civiles. Los primeros los adquiere por percepción, no bastando la simple separación; por tanto, los que están pendientes o separados, pero no percibidos al cesar el usufructo, pertenecen al propietario. Los frutos civiles, por el contrario, se adquieren día por día, se hayan o no cobrado efectivamente.

Veamos algunas situaciones particulares: El usufructo de animales da derecho a las crías; en cambio, el de esclavos solamente atribuye al usufructuario lo que los esclavos adquieren; pero no los hijos tenidos por las esclavas, ni las donaciones, herencias o legados hechas al siervo, todo lo cual corresponde al propietario. El usufructuario tiene derecho a cortar árboles cuando el fundo tenía dicho destino, sin perjuicio de plantar otros para sustituirlos; en otro caso, sólo puede apropiarse de los árboles muertos naturalmente. El usufructuario de un rebaño debe sustituir con la nuevas crías las reses muertas o inútiles; los productos de las minas ya abiertas pertenecen al usufructuario, el cual no tiene derecho a abrir otras.

---

[153] Corresponde a la forma original de constitución del usufructo.

6.- Obligaciones del usufructuario.

a) Debe conservar la forma y substancia de la cosa.
b) Constituir una garantía llamada cautio usufructuaria, para asegurar la conservación de la cosa -obligación que incluye la de sufragar los gastos de conservación- y su restitución al término del usufructo.
c) Restituir la cosa al término del usufructo.

7.- Extinción.

a.- Por muerte o capitis demunutio del usufructuario.

b.- Por renuncia del usufructuario, practicada mediante una confessio in iure del usufructurario en la reivindicatioria del dueño, frente a la cual, el magistrado pronuncia la addictio, cuyos efectos absolutos constituyen al dueño en propietario sin la carga del usufructo.

c.- Por la confusión de las calidades de dueño y usufructuario en una misma persona, como si el segundo hereda al dominio del primero.
d.- Por destrucción de la cosa.

e.- Por falta de uso durante el plazo de usucapión.

8.- Defensa.

El usufructuario dispone de una vindicatio usus fructus (llamada confessoria en el derecho Justinianeo), con lo cual puede demandar al propietario que perturba o desconoce el derecho de usufructo o a cualquier tercero que asume idéntica actitud. Su intentio va redactada en los siguientes términos: "Si resulta que Aulo Agerio tiene el derecho de usufructo sobre el fundo Corneliano, a no ser que sea restituido por Numerio Negidio, condena, etc.".

Además, dispone de una ***exceptio usufructus*** en contra de la eventual rei vindicatio del propietario.

Por su parte, el propietario dispone de la ***reivindicatio*** para proteger sus bienes en contra de pretensiones de usufructo no realmente existentes; y el pretor exige el usufructuario, antes de entrar en la tenencia de la cosa dada en usufructo, que otorga a favor del dueño una ***cautio usufructuaria,*** por la que se compromete a usar la cosa de modo razonable, y a restituirla al término del usufructo. Si el usufructuario se negaba a dar dicha cautio, el magistrado, a su vez, le negaba la vindicatio usufructus.

9.- Cuasi usufructus.

Un usufructo solo puede recaer sobre cosas inconsumibles, pues, quedando el usufructuario facultado para usar la cosa, dicho uso destruiría las cosas consumibles, lo que contraría la esencia misma de este derecho real. Sin embargo, la exigencia de la cautio usufructuaria abrió la posibilidad de constituir usufructos sobre cosas consumibles, especialmente el dinero, (quasi usus fructus), pues en virtud de dicha caución, el cuasi-usufructuario queda obligado mediante la actio condictio (personal) a restituir al dueño una misma cantidad de cosas de igual calidad, a las recibidas.

II.- Uso, habitación y operae servorum.

1.- Uso: No obstante su denominación, no contiene solamente la facultad de usar una cosa ajena, sino también al menos en el derecho justinianeo, una participación en los frutos, limitada a las propias necesidades del usuario o de él y su familia.

2.- Habitación: Es una modalidad especial del usus, consistente en el derecho de habitar una casa, diferenciándose del uso, en que así como el usuario una casa puede habitarla o cederla gratuitamente, pero no arrendarla, el titular del derecho de habitación, puede, arrendarla pero no cederla gratuitamente.

3.- Operae servorum: Este derecho aparece también frecuentemente relacionado con ciertas disposiciones testamentarias. En ellas es frecuente legar a una persona la utilización del trabajo de un esclavo y también los trabajos de animales domésticos.

II.- Servidumbres.

1***.- Concepto.***

Se llama servidumbre a los derechos reales consistentes en gravámenes constituidos voluntariamente sobre un predio vecino, para servicio y utilidad de otro predio, de distinto dueño. El predio beneficiado se llama dominante y el gravado sirviente.

Estos gravámenes son propiamente derechos reales, porque el servicio en que consisten se considera adherido, activa y pasivamente, a los respectivos fundos, de modo que siguen la suerte de estos, aunque cambien de propietarios, y además, porque se hayan protegidos por una acción real entablable en contra de todo el que perturbe el derecho.

Una servidumbre consiste siempre en un servicio prestado y ejercido pero al servicio, a su vez, puede consistir:

a.- En una inmissio: (intromisión) es decir, en la intromisión del detentador del predio dominante en el sirviente, de un modo que no podría realizar si la servidumbre no estuviese constituida (por ej.: pasar por el predio sirviente).

b.- En una ius prohibendi: (abstención) es decir, en la facultad de impedir que el detentador del predio sirviente ejecute actos, que podría ejecutar si la servidumbre no estuviese constituida, (por ej.: impedir que eleve una muralla que oculte la vista o la luz).

En ambos casos, la actitud del detentador del predio sirviente es pasiva; de él no se exige nada positivo, ningún hacer; tan solo le es exigible un soportar las intromisiones en su predio o abstenerse de ejecutar ciertos actos. Si hay en las servidumbres alguna actividad, ella solo es procedente de parte del detentador del predio dominante.

2.- Requisitos de las servidumbres.

Por que haya servidumbres, es necesario:

a.- Que existan varias fincas de diversos dueños. No es posible, en consecuencia, que se establezcan servidumbres entre predios pertenecientes a un mismo dueño, porque el derecho de dominio incluye los beneficios otorgados por las servidumbres.

b.- Que los predios sean vecinos, aunque no necesariamente contiguos.

c.- Que la servidumbre presta utilidad permanente al predio dominante. De este modo, la prestación de un servicio esporádico o que se agota en su primera utilización, no permite la constitución de una servidumbre, como sucede en el caso de la servidumbre de paso a través de un fundo, porque el predio dominante quedó cegado, debido a un transitorio cierre por reparaciones del camino adyacente a él.

3.- Características.

Las servidumbres son:

a.- Indivisibles: pues consisten en un servicio o uso, y el uso es siempre indivisible. Esto significa que, por ej.: si había una servidumbre sobre un fundo común, luego de dividido, no se entiende que la servidumbre se divida en tantas partes cuantos fundos individuales resultaran, sino que continua íntegra.

b.- Inherencia predial: puesto que la servidumbre es un derecho real, no le afectan los cambios de dueño en los fundos dominante o sirviente, y ellas siguen la suerte del respectivo fundo.

c.- Pasividad del gravado: al detentador del predio sirviente, como antes se dijo, no está obligado a asumir ninguna actividad, y solo soportar el ejercicio de la actividad del detentador del predio dominante o abstenerse de ejercer actos que de no existir la servidumbre, podría perfectamente realizar.

4.- Clasificaciones.

Las servidumbres admiten varias clasificaciones:

a.- Rústicas y urbanas: son aquellas establecidas en beneficio de la agricultura.

Son rústicas: la de ***iter*** (paso a pie o caballo); ***actus*** (paso de ganado); ***vía*** (construcción de una carretera); ***aquae haustus*** (extracción de aguas).

Son urbanas: Aquellas que se constituyen en beneficio de la construcción.

Son urbanas la de ***onus ferendi*** (apoyar construcciones sobre un muro vecino); ius stillicidii (recibir la caída de aguas lluvias); ***ius fluminis*** (recibir la caída de aguas por canelón); ***ius proiiciendi protegendive*** (proyectar terrazas o balcones sobre el predio vecino); ***ius luminum*** (abrir ***ventanas); ius altius non tollendi*** (no elevar una construcción).

b.- Positivas y negativas: aquellas que consistan en una inmissio (iter, actus, ius fluminis, etc.), y negativa, aquellas que consisten en un ius prohibendi (ius altius non tollendi).

c.- Aparentes e inaparentes: aquellas que se reconocen por signos exteriores (vía: el sendero); e inaparentes, aquellas que no se reconocen por signos exteriores (ius stillicidi).

d.- Continuas: aquellas que se ejercen permanentemente (como la de aquae ductus, pues el canal es permanente); o discontinuas, que se ejercen intermitentemente (como la de iter, ya que no se pasa a través de un fundo de manera continua).

5.- Constitución.

Las servidumbres se constituyen de modo semejante al usufructo:

a.- Por in iure cessio servitutis, mediante una addictio en una vendicatis servitutis.

b.- Por adiudicatio.

c.- Por legado vindicatorio.

d.- Por deductio servitutis

6.- Extinción.

Se extinguen las servidumbres:

a.- Por destrucción o transformación del sirviente, que haya imposible el ejercicio de la servidumbre.

b.- Por confusión de titularidades del dominio de ambos predios en una misma persona.

c.- Por desuso de una servidumbre positiva durante dos años (non usus), o por el transcurso de dos años desde que se rompió la prohibición en una servidumbre negativa sin reclamo (usucapio libertatis).

7.- Defensa.

El propietario del predio dominante dispone de una vindicatio servitutis (llamada confessaria en el derecho justiniano), entablable por aquél en contra de todo el que perturbe el ejercicio de la servidumbre. La fórmula de esta acción tiene cláusula arbitraria; pero ella conduce, a parte de cese de la perturbación, el otorgamiento de una caución por el perturbante demandado, llamado cautio de non amplius turbando, por la cual se compromete a no trabar en el futuro la servidumbre, bajo sanción de una multa convenida en la misma caución.

Por su parte, el propietario dispone de una actio negatoria dirigida en contra de quién pretende tener una servidumbre sobre un precio, sin que realmente la tenga. Esta acción conduce también a una restitución bajo la forma de cautio de non amplius turbando, por la cual el demandado, para evitar la condena, se compromete a no continuar ejecutando el ius prohibendi, que realmente no le competen, bajo sanción de una multa.

DERECHOS REALES DE GARANTÍA.

Consisten en un acuerdo entre acreedor y deudor, donde el deudor constituye a favor del acreedor un derecho real sobre una cosa propia o de un tercero para garantizar que cumplirá la obligación. Si el deudor cumple la obligación, se extingue el derecho real que

garantizaba el cumplimiento. Si el deudor no cumple, el acreedor está facultado para perseguir la cosa y venderla luego a terceros, pagándose con el producto de la venta la deuda y restituyendo al deudor el saldo.

Por esta razón se trata de obligaciones accesorias, en el sentido de que acceden a una obligación principal, de manera que no pueden subsistir sin ellas. Al respecto rige el aforismo de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, de manera que si se extingue la obligación principal, por cualquier causa, se extingue también la obligación accesoria.

Utilidad de las garantías.

El trafico comercial exige seguridad, y esta la consigue el derecho mediante dos expedientes, cuales son, la responsabilidad personal que asumen los fiadores, ***garantías personales***, o bien la responsabilidad real, mediante la constitución de ***prendas o hipotecas, son las garantías reales***. En Roma se estilaba recurrir a las garantías personales, mientras que hoy se tiende a confiar más en las garantías reales.

Evolución de las garantías reales en el derecho romano.

1.- La enajenación con fiducia.

Es la garantía real más antigua. Consiste en general en una institución que requiere la transmisión de la propiedad por mancipatio, junto con un convenio por el cual el accipiens se compromete a la devolución de la cosa recibida, o a dar a ésta un cierto destino, cuando acaezca una determinada circunstancia, que se fija previamente. ***Este pacto*** dejaba al deudor abandonado a la buena fe del acreedor, y podía ocurrir que el deudor cumpliera la obligación, pero que el deudor no retransfiriera el dominio, pues los ***pactos no*** dan acción para garantizar su cumplimiento. Para palier este inconveniente, el pretor confiere al deudor la actio fiduciae, la que tenía el inconveniente de ser una acción personal. Además, al haberse desprendido del dominio de la cosa, no podía servirse de ella para garantizar otro crédito.

2.- Prenda o pignus en sentido restringido o pignoris datio.

El deudor garantizaba al acreedor entregándole la tenencia de una cosa, evento en el cual el pretor confiere al acreedor ciertos derechos y acciones para asegurar que la cosa permanezca en su poder hasta que le sea pagada la deuda. El acreedor goza del ***ius possidendi y el ius distrahendi*** (a estudiar más adelante) y conjuntamente, es titular de una actio in rem que le permite perseguir la cosa de cualquiera que la tenga.

3.- Hipoteca o prende sin desplazamiento o pignus conventio

A partir del pignus surge la hipoteca, que tiene su origen en el arrendamiento de predios rústicos, donde era frecuente que arrendador y arrendatario conviniesen en prendar los invecta et illata (animales y aperos de labranza que el arrendatario llevaba consigo e introducía en el fundo arrendado para cultivarlo, y que quedaban en posesión de él). El acreedor, no tenía la propiedad ni la tenencia de estos instrumentos de labranza, y sólo estaba garantizado por un acuerdo sobre los mismos. El pretor, para proteger al acreedor, le confiere un interdicto (Salviano) por medio del cual se permitía al arrendador tomar posesión de los bienes prendados si el arrendatario no cumplía. Este interdicto era personal, por lo que sí los invecta et illata se encontraban en posesión de un

tercero, el arrendador no podía ejercitarlo. Para paliar esto se confirió al arrendador una acción real, la acción Serviana.

Esta actio, en principio limitada al arrendamiento de predios rústicos, se extendió a todo tipo de obligaciones y cualquier clase de cosas respecto de las cuales se hubiere celebrado un convenio análogo, casos en los que fue concedida como acción Serviana útil o hipotecaria. Así se generalizó esta nueva forma de garantía, la conventio pignoris, llamada finalmente hipoteca.

Prenda e hipoteca.

PRENDA o datio pignoris es el derecho real constituido por el deudor a favor del acreedor sobre una cosa propia o de un tercero con su consentimiento, transmitiéndose la posesión natural de la misma como garantía del cumplimiento de una obligación principal. (Prenda con desplazamiento)

HIPOTECA o conventio pignoris es un derecho real que el deudor constituye a favor del acreedor sobre una cosa propia o de un tercero con su consentimiento para garantizar el cumplimiento de la obligación, permaneciendo la cosa en poder del constituyente. (Prenda sin desplazamiento).

Para referirse genéricamente a ambas se utiliza la expresión ***PIGNUS.***

Objeto del pignus.

Todas las cosas comerciables son susceptibles de prenda e hipoteca a la época de Justiniano. En una primera época se entendió que sólo podían ser objeto de pignus las cosas corporales. El pignus puede recaer sobre una universalidad de cosas sobre una cuota de una cosa.

Características del pignus

1. ***Es un derecho real accesorio.***

2. ***Es indivisible***, garantiza el cumplimiento total de la obligación, por lo cual el pago parcial no altera el pignus.

3. Puede ser constituido tanto por un deudor como por un tercero.

Efectos del pignus o facultades del acreedor.

A) ***IUS POSSIDENDIS***. Se realiza en distintos momentos según si es prenda o hipoteca.

a. ***Prenda.*** Es el derecho del acreedor para poseer la cosa. El acreedor prendario o pignoratario, sólo tiene la posesión natural o mera tenencia de la cosa, de manera que ni siquiera puede usarla, en caso de hacerlo comete el delito de hurto. Sin embargo, nada obsta a que por un pacto, el pignorante autorice al pignoratario a usar la cosa. Se trata además, de una posesión amparada por interdictos posesorios. Si la cosa es fructífera, puede mediar un pacto entre acreedor y deudor en virtud del cual el acreedor percibe los frutos en compensación de los intereses de la suma da en préstamo, a esta institución se le denomina ***anticresis***.

b. ***Hipoteca.*** La posesión del objeto sólo se tiene cuando la deuda no es satisfecha y para lograrla se dispone de una actio in rem. En caso de que la cosa se encuentre en manos de un tercero, este puede conservar la cosa si paga o bien oponer ciertas excepciones y acciones, como:

1. ***Exceptio priori utilis***, en caso de que tenga sobre la cosa un derecho de hipoteca preferencia al del demandante.
2. ***Cedendarum actionem***, para compeler al acreedor a cederle sus aciones contra el deudor hipotecario en caso de pagar la deuda de este.
3. ***Beneficio de excusión***, puede pedir que el actor se dirija en primer lugar contra el deudor principal y sus fiadores personales.

B) IUS DISTRAENDI o derecho de venta.

Si el deudor no cumple la obligación, el acreedor puede vender la cosa prendada o hipotecada en publica subasta, previo conocimiento del deudor y una vez satisfecha la deuda, se restituye al deudor lo que sobre, y si la deuda se ve satisfecha solo en parte, el crédito subsiste por la diferencia. Si el acreedor no encuentra vendedor puede dirigirse a la autoridad y obtener que le sea adjudicada la propiedad de la cosa según su valor, pero en este caso, el deudor conserva la facultad de rescatar la cosa pagando la deuda.[154]

La lex comissoria permitió que las partes pudieran pactar que, constituido el deudor en mora, el acreedor prendario se haría dueño de la cosa.

C) DERECHO DE PREFERENCIA.

El acreedor hipotecario tiene preferencia sobre los demás acreedores, salvo los hipotecarios de fecha más antigua, sobre el producto o precio de la venta de la cosa.

Pluralidad de pignus sobre la misma cosa (successio in locum).

Sobre una misma cosa pueden concurrir varios derechos de hipoteca (no de prenda). La hipoteca que se constituye primero tiene preferencia: los hipotecarios posteriores solo pueden reclamar lo que queda después de que el primer hipotecario haya cobrado su crédito. Si las hipotecas no se prefieren unas a otras, rige el criterio de satisfacción por cuotas.

Si el primer acreedor vende, el comprador no puede ser despojado de la cosa por ningún otro acreedor hipotecario, lo que no ocurre cuando el derecho de venta es ejercido por un acreedor de grado posterior, pues en este caso el acreedor de primer grado puede ejercer la acción hipotecaria y recuperar la cosa.

En todo caso el acreedor de grado posterior dispone del ***ius offerendi***, esto es de la facultad de ofrecer al acreedor de grado preferente la satisfacción de su crédito y así colocarse en su grado de prioridad, postergando a los acreedores intermedios.

Excepciones a la prioridad temporal

1. Por privilegio. Determinados créditos pueden ser ejercitados antes que otros derechos que gravan la misma cosa, por ejemplo:

a. Los créditos del fisco.

[154] En este caso la cosa pignorada pasará a ser suya después de 2 años y en tal caso la deuda queda extinguida.

b. La mujer pro restitución de la dote.
c. A favor de aquel que ha dado dinero para a construcción de un edificio.

2. Por documento. Una constitución del año 472 estableció que las hipotecas constituidas mediante documento público o al menos firmado por tres testigos tuviese prelación sobre aquellas que constasen en simple escritura privada.

Constitución del pignus.

1. ***POR CONVENCIÓN***. Es una excepción a los principios generales de transferencia del dominio y demás derechos reales, pues se adquiere por simple convención, sin necesidad de tradición.
2. ***POR TESTAMENTO***. Se hacía para garantizar a un legatario de renta vitalicia o de alimentos.
3. ***POR DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD***. Algunos las llaman hipotecas tácitas, puesto que se establecen a favor de ciertos acreedores y fundadas en la voluntad presunta de las partes.

a. El mutuante sobre el edificio para cuya construcción ha entregado dinero.
b. La prende general del fisco por los créditos derivados de impuestos.
c. De la mujer sobre el patrimonio del marido en garantía de la devolución de la dote, de los bienes parafernales y de los bienes donados por causa de matrimonio.
d. De los pupilos y menores de 25 años sobre los bienes de sus tutores y curadores.

Extinción del pignus.

1. Como consecuencia de la extinción total del crédito que garantiza (extinción consecuencial, de trata de un derecho accesorio).
2. Destrucción total o pérdida de la cosa.
3. Renuncia.
4. Confusión, adquisición e la cosa hipotecada por el acreedor hipotecario.
5. Prescripción extintiva. 30 años.
6. Prescripción adquisitiva que opera a favor de otro, a favor del tercero que posee de buena fe y con justo título la cosa pignorada.

TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO

La expresión hecho en un sentido amplio comprende todo tipo de acontecimientos. Se llama HECHOS SIMPLES a los acontecimientos que no producen consecuencias jurídicas, y HECHOS JURÍDICOS a cualquier suceso, circunstancia, acto o situación al cual el ordenamiento jurídico le reconoce la creación de efectos jurídicos, esto es, hacer nacer, modificar o extinguir derechos subjetivos. Un mismo hecho puede ser simple o jurídico dependiendo de si produce o no efectos jurídicos.

Los hechos jurídicos se clasifican en;

1.- Hechos jurídicos de la naturaleza, que son aquellos que no requieren voluntad ni capacidad. Tampoco se pueden clasificar en lícitos o ilícitos; por ejemplo el nacimiento, el transcurso del tiempo y la muerte,.

2.- Hechos jurídicos humanos o del hombre o las mujeres y se subclasifican en:

a) Involuntarios: Actividad humana sin voluntad consciente, por ejemplo los hechos de los de los dementes o lo infantes.
b) Voluntarios: Que pueden clasificarse en:

i) Hechos jurídicos propiamente tales: Hechos humanos voluntarios a los que la ley les atribuye un efecto jurídico no querido o distinto al perseguido por su autor. Estos pueden ser:

- Lícitos. Los cuasicontratos. Por ejemplo la agencia oficiosa.
- Ilícitos. Delitos y cuasidelitos.

ii) Acto Jurídico: Actos humanos conscientes y voluntarios destinados a producir un efecto jurídico predeterminado.

CONCEPTO: Acto jurídico es una manifestación de la voluntad de una o más partes con la intención de crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS: Pueden clasificarse desde las siguientes perspectivas:

1- Unilaterales y bilaterales.
2- A título gratuito y a titulo oneroso.
3- Entre vivos o mortis causa.
4- Solemnes y no solemnes.
5- Causados y abstractos.
6- Puros y simples y sujetos a modalidades.
7- Principales y accesorios.
8- Patrimoniales y extrapatrimoniales.
9- De estricto Derecho y de Buena Fe.

1- ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES Y ACTOS JUÍDICOS BILATERALES.

Para esta clasificación se atiende al número de partes requeridas para que el acto se perfeccione. Recordemos que el nacimiento de un acto y la producción de efectos de este son cosas distintas. Así, el testamento está perfecto por la sola manifestación de voluntad del testador, pero para que produzca efectos, se requiere que el heredero acepte la herencia.

UNILATERALES: Para nacer a la vida del derecho requieren la concurrencia de la voluntad de una sola parte. Ej. Testamento, aceptación de herencia, manumisión.

BILATERALES: Para nacer a la vida del derecho requieren del acuerdo de voluntades de dos o más partes. Ej. Contrato, mancipatio, stipulatio.

Los actos jurídicos bilaterales se denominan ***CONVENCIONES,*** acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Cuando este acuerdo de voluntades tiene por objeto crear derechos y obligaciones estamos ante un ***CONTRATO:*** Acto jurídico bilateral que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones. Todo contrato es una convención, pero no toda convención es contrato, por lo cual la convención es el género y el contrato la especie. Por ejemplo: la compraventa es un contrato (crea derechos y obligaciones) en cambio el pago es simplemente una convención, pues extingue obligaciones.

Los contratos también se clasifican en unilaterales y bilaterales:

CONTRATO UNILATERAL: Una sola de las partes que concurren a la celebración del contrato resulta obligada, la otra no contrae obligación. Ej. El mutuo o préstamo de consumo.

CONTRATO BILATERAL: Ambas partes resultan obligadas recíprocamente. Ej. Compraventa.

CONTRATO BILATERAL IMPERFECTO: En principio sólo resulta obligada una de las partes pero eventualmente pueden resultar obligadas ambas partes. Ej. Comodato o préstamo de uso.

El concepto romano clásico de contrato no corresponde exactamente al dado, pues se requería además que tuviera nombre propio y además estuviera protegida por una acción. Aquellas convenciones que no poseían acción recibían el nombre de ***PACTOS.***

2- ACTOS JURÍDICO GRATUITO Y ACTO JURÍDICO ONEROSO.

GRATUITO: Acto jurídico unilateral o bilateral en que a la utilidad patrimonial que obtiene el sujeto o uno de los sujetos no corresponde una pérdida patrimonial suya. Ej. Donación, el donatario no tiene que realizar ningún desembolso a cambio de los que recibe.

ONEROSO: Tiene por finalidad el beneficio o utilidad de ambas partes. Suponen una ventaja patrimonial, pero al mismo tiempo, ambas partes se gravan recíprocamente. Ej. Arrendamiento, compraventa.

En ciertos actos jurídicos la gratuidad u onorosidad del acto es fundamental para que este mantenga su naturaleza y no degenere en otro distinto. Así, la onerosidad es esencial en la compraventa, si falta el precio degenera en donación.

3- ACTO JURÍDICO ENTRE VIVOS Y ACTO JURIDICO MORTIS CAUSA.

MORTIS CAUSA: La muerte del sujeto que los otorga es un requisito esencial o supuesto necesario para que el acto produzca efectos. Ej. Testamento.

ENTRE VIVOS: La muerte de los sujetos autores del acto jurídico no es requisito para que este produzca efectos. Están destinados a producir efectos en vida del autor o las partes.

4- ACTOS JURIDICOS SOLEMNES Y ACTOS JURIDICOS NO SOLEMNES.

SOLEMNES: La ley en consideración a la naturaleza del acto exige ciertas formalidades indispensables para la existencia de este, para que nazca a la vida del derecho. Ej. Stipulatio (contrato verbis), mancipatio y in iure cessio (modos de adquirir).

NO SOLEMNES: La voluntad puede manifestarse en cualquier forma, dando nacimiento al acto. No se prescribe la forma de manifestación de voluntad, basta cualquier esquema reconocible, pudiendo ser la manifestación tanto expresa como tácita.

En el ***Ius Civile***, la regla general era que los actos jurídicos fuesen solemnes. Sólo comenzó a haber libertad de forma con el desarrollo del ius gentium entre el III y II a.C. El formalismo se explica por el nexo entre los intereses jurídicos y religiosos. Una de las formalidades requeridas era la oralidad, pronunciamiento de determinadas palabras rituales. En algunos casos se exigía además la presencia de determinados magistrados, sacerdotes o instrumentos. La escritura no constituyó formalidad en el Derecho romano antiguo o clásico, pero sí en el Derecho post-clásico, penetrado por la cultura griega y la escritura, comenzó a ser aceptada como solemnidad en ciertos actos jurídicos (contratos literis). En los actos jurídicos de buena fe, en los actos del derecho pretorio y del derecho de gentes, la regla general era que no fueran solemnes.

5- ACTOS JURÍDICOS CAUSADOS Y ACTOS JURÍDICOS ABSTRACTOS.

CAUSADOS: Son aquellos en que la causa aparece como ineludiblemente unida a la existencia del acto jurídico, si esta no existe o es ilícita, el acto no se perfecciona o bien no produce efectos. Ej. La compraventa, la causa de la obligación del vendedor de entregar la cosa es el objeto de la obligación del comprador de pagar el precio.

ABSTRACTOS: Su validez depende del cumplimiento de ciertas formalidades. La forma sustituye a la causa o se identifica con ella. El negocio se configura independientemente de la causa, en base a determinados requisitos jurídicos.

La mayor parte de los actos del ***Ius civile eran abstractos***, en cambio, en los actos de buena fe, del ius gentium, normalmente se exigía la concurrencia de causa lícita como requisito de validez del acto.

6- ACTOS JURÍDICOS PUROS Y SIMPLES Y ACTOS JURÍDICOS SUJETOS A MODALIDADES.

PURO Y SIMPLE: Inmediatamente da nacimiento a un derecho produciendo sus efectos desde que se otorga o celebra.

SUJETO A MODALIDADES: Para producir efectos depende de ciertas circunstancias especiales o cláusulas restrictivas. Las modalidades se confunden con los elementos accesorios del acto jurídico ya que siempre suponen una manifestación de voluntad expresa. Ejemplo: el modo, la condición, el plazo y la representación.

7- ACTOS JURÍDICOS PRINCIPALES Y ACTOS JURÍDICOS ACCESORIOS.

PRINCIPAL: Subsiste por sí mismo, sin necesidad de otro acto jurídico. Ej. Compraventa, matrimonio.

ACCESORIO: Son aquellos que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueden subsistir sin ellos. Ej. Hipoteca, prenda, fianza. Para existir requieren de un acto jurídico principal al que acceden y garantizan. Existe el aforismo que señala "que lo accesorio sigue la suerte de los principal" Así, si el acto principal es nulo, también o será el accesorio. Es decir, extinguida la obligación principal se extingue la obligación accesoria.

Una categoría especial es la de los ***ACTOS DEPENDIENTES***, cuya finalidad no es la de garantizar el cumplimento de las obligaciones de un acto principal, pero la producción de efectos, no de su nacimiento, está supeditada a la existencia de otro acto. Ej: contrato de esponsales.

8- ACTOS JURÍDICOS PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS EXTRAPATRIMONIALES O DE FAMILIA.

PATRIMONIALES: Se refieren a derechos y obligaciones de carácter pecuniario. Ej. Compraventa, mutuo, arrendamiento.

EXTRAPATRIMONIALES O DE FAMILIA: Se refieren a la adquisición, modificación o pérdida de los derechos relativos a la persona o a la familia. No tienen contenido económico. Ej. Matrimonio, adopción.

9- ACTO JURÍDICO DE ESTRICTO DERECHO Y ACTO JURÍDICO DE BUENA FE (Única clasificación típicamente romana)

ESTRICTO DERECHO: Propios del Ius civile. Eran formales, solemnes y valían exclusivamente al tenos de lo pactado. Aplicables sólo a ciudadanos romanos. Ej. Stipulatio, in iure cessio, adiudicatio.

DE BUENA FE: Se crearon para suplir las deficiencias de los de estricto derecho. Exentos de formalidades, su celebración era mas simple. No estaban reservados únicamente a los ciudadanos, sino que podían ser utilizados por peregrinos o extranjeros. No obligaban únicamente a cumplir con lo prometido, sino que imponen como obligatorio todo lo exigible entre personas justas y leales, o sea, que obran de buena fe. Así, por ejemplo, una compraventa (acto jurídico de buena fe) y en el que el objeto era un caballo, el vendedor estaba obligada a entregar un caballo sano y de regular calidad, en cambio, si la obligación surge como consecuencia de una stipulatio, el promitente cumpliría entregando cualquier caballo, en el estado en que se encuentre.

En la interpretación de los actos de estricto derecho, el juez no podía interpretar el acto recurriendo a elementos extraños al mismo. En cambio, en los actos de buena fe,

el juez tenía mayor amplitud de interpretación, pudiendo recurrir a elementos como la equidad, justicia e intención de las partes.

ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO[155].

En todo acto jurídico encontramos:

1.- Elementos esenciales:

2.- Elementos de la naturaleza

3.- Elementos accidentales.

Son elementos esenciales aquellos sin los cuales el acto jurídico:

a) no produce efecto alguno, no nace a la vida del derecho o;
b) degenera en otro acto diferente.
c)

Pueden ser generales:

a) propios a todos los actos jurídicos o;
b) específicos o particulares, propios a cierto tipo o clase de negocio jurídico. Por ejemplo el precio en la compraventa, si falta el acto existe pero degenera en una donación.

A los ***elementos esenciales generales*** se les denomina también ***requisitos de existencia del acto jurídico.*** Cuando falta un elemento esencial o requisito de existencia, el acto no produce efecto alguno, es jurídicamente nulo. Los requisitos de existencia o elementos esenciales del acto jurídico, son:

1) Voluntad.
2) Objeto.
3) Causa.
4) Solemnidades en los casos que la ley lo exige.

En todo acto jurídico no sólo encontramos requisitos de existencia, sino también ***requisitos de validez del acto jurídico:***

1.- Voluntad no viciada.

2.- Objeto lícito.

3.- Causa lícita.

4.- Capacidad.

---

[155] Nuestro Código Civil señala en su Art. 1444: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

Son elementos de la naturaleza, aquellos que no siendo esenciales se entienden pertenecerle al acto, sin necesidad de cláusulas especiales, por ejemplo el saneamiento de los vicios redhibitorios y el saneamiento de la evicción.

Son elementos accidentales, aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. Por ejemplo, las modalidades como el plazo y la condición.

1- VOLUNTAD

VOLUNTAD es la Actitud o disposición moral para querer algo. En los actos jurídicos unilaterales se habla de voluntad, en los bilaterales de consentimiento.

CONSENTIMIENTO: Acuerdo de voluntades de las partes con el propósito de producir efectos jurídicos. En los actos jurídicos bilaterales consensuales, el consentimiento se forma cuando concurren dos manifestaciones de voluntad, la oferta y la aceptación.

OFERTA O POLICITACIÓN: Acto jurídico unilateral por el cual una persona propone a otra celebrar una determinada convención, bastando para que quede perfecta la sola aquiescencia de la persona a quien fue dirigida. Puede ser expresa o tácita, verbal o escrita, dirigida a persona determinada o indeterminada.

REQUISITOS DE LA OFERTA: Debe ser completa, es decir, formulada en términos tales que la convención propuesta se perfeccione con la simple aquiescencia de la persona a quien fue dirigida. Esto determina que la oferta deba contener a lo menos los elementos esenciales del acto jurídico.

ACEPTACIÓN: Acto jurídico unilateral por el cual el destinatario de la oferta manifiesta pura y simplemente su conformidad con ella. Puede ser expresa o tácita, verbal o escrita, pura y simple o condicionada.

REQUISITOS DE LA ACEPTACION:

1- Ser pura y simple. La aceptación condicionada constituye una nueva oferta.
2- Dada en tiempo oportuno (manifestarse dentro del plazo legal o dentro del plazo señalado por el oferente)
3- Darse mientras la oferta esté vigente. Determina que una oferta no esté vigente:
a) Retractación del proponente.
b) Muerte del proponente.
c) Incapacidad sobreviniente del proponente.

REQUISITOS DE LA VOLUNTAD

1. DEBE MANIFESTARSE
2. DEBE SER SERIA
3. DEBE ESTAR EXENTA DE VICIOS.

1. **MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD.** La voluntad no manifestada no existe para el derecho. Puede ser expresa o tácita.

EXPRESA: Se formula explícitamente, es decir, se hace perceptible mediante signos externos que revelan inequívocamente la concertación de un negocio jurídico (declaración verbal o escrita, gestos e indicaciones). Se le llama también explícita o directa.

TACITA: Se formula implícitamente. Puede deducirse indirectamente, con seguridad, de un comportamiento externo, incompatible con una voluntad distinta. El hecho del que se deduce la voluntad debe ser concluyente, inequívoco, incompatible con una voluntad contraria a la deducida.

Eficacia de la voluntad tácita. Tiene el mismo valor jurídico que la voluntad expresa, sin perjuicio que cuando el ordenamiento exige que la voluntad se manifieste en una forma determinada, la voluntad tácita no será suficiente para generar el acto jurídico. Si nada se dispone en este sentido, la voluntad debe exteriorizarse de cualquier modo.

El silencio y la manifestación de voluntad. La regla general es que el silencio no constituye manifestación de voluntad. De allí, cuando la ley o las partes, por excepción le atribuyen al silencio carácter o eficacia de voluntad, estamos ante una voluntad presunta. Ej. El asignatario constituido en mora de aceptar, la ley presume que repudia.

Así, el silencio en principio no puede ser interpretado como una declaración tácita de voluntad, salvo cuando el propio derecho le otorga al silencio valor de asentimiento (mancipatio, in iure cessio). Por ejemplo, si la hija solicita a su pater consentimiento para casarse, y este guarda silencio, se entiende que acepta.

Excepcionalmente se considera manifestación de voluntad al silencio acompañado de circunstancias externas que le permiten atribuir este valor. El silencio es "elocuente", con el se expresa cabalmente una determinada voluntad. Es el silencio circunstanciado o cualificado.

2. SERIEDAD DE LA VOLUNTAD.

La voluntad es seria cuando se manifiesta por una persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico.

Divergencia entre voluntad y declaración. ¿Qué es más importante en un acto jurídico, la voluntad real o la voluntad declarada?

En los ***actos del Ius Civile*** prima la voluntad declarada, la forma o manifestación de querer externa, tanto así que en esta fase es imposible distinguirlas o hablar de voluntad revestida de forma, pues los efectos jurídicos dependen solo de la forma, independiente de la voluntad.

En cambio, en los ***actos de buena fe*** prima la voluntad real, interna. A finales de la República, se inicia un movimiento tendiente a resaltar la voluntad interna, con la jurisprudencia y los pretores, que por medio de la exceptio doli, exceptio pacti y otras herramientas procesales niegan validez al negocio que no corresponda a la voluntad interna o lo reputan válido solo en la parte que a ella corresponda. En todo caso no es sino hasta el derecho Post-clásico que se logra establecer total autonomía de la voluntad frente a la forma, y desde entonces la voluntad se ubica en el centro del ordenamiento y constituye el alma de todo negocio jurídico. En todo caso, cuando se discute esta disconformidad, el peso de la prueba recae en aquel que alega que la voluntad real es distinta de la declarada.

Voluntad no seria o negotium imaginarium. Los negocios celebrado en broma, por motivos didácticos u otras circunstancias (Ej. Representación teatral) son meramente imaginarios, no hay voluntad negocial seria y el supuesto negocio no llega a tener existencia. E todo caso, si quien recepciona las declaraciones hechas en broma las toma como serias, el declarante ha de responde por los daños causados.

La simulación. Es la discordancia querida entre la voluntad declarada y la voluntad real, esto es, lo verdaderamente querido por los declarantes. Esta discordancia es querida y consciente. Se describe a la ***simulación*** como la realización consiente de actos que, en la

apreciación común del ambiente social, son valorados objetivamente como manifestación exterior de un determinado negocio jurídico, mientras que los sujetos intentan conscientemente no constituir ningún negocio jurídico o realizar un negocio jurídico diferente. La simulación puede ser ***absoluta o relativa.***

ABSOLUTA: No existe intención alguna de celebrar un negocio jurídico y normalmente se emplea para perjudicar a los acreedores simulando una disminución del activo o una aumento del pasivo, por lo cual para el derecho ese negocio es nulo por no existir voluntad.

RELATIVA: Se aparenta celebrar un negocio, pero en realidad se ha querido celebrar otro distinto, hay un negocio simulado y un negocio disimulado, caso en el cual el acto simulado no puede tener jamás efectos entre las partes, y el acto disimulado será o no válido conforme a las reglas generales, es decir, vale entre las partes siempre que concurran o no los requisitos de existencia y validez del acto que se trate.

2. VOLUNTAD EXENTA DE VICIOS.
(Requisito de validez del acto jurídico)

VICIOS DE LA VOLUNTAD son aquellas circunstancias y situaciones que influyen sobre la voluntad de los sujetos de un negocio jurídico, de forma que hacen que no haya una correspondencia entre la manifestación exterior de la voluntad y la voluntad efectiva de los sujetos, o bien, sobre la formación de la voluntad.

Cuando existe un vicio de la voluntad, el acto es susceptible de ser anulado.

Los vicios de la voluntad son:

A. Error.
B. Fuerza.
C. Dolo.

A**. EL ERROR.** Es la ignorancia o falso concepto que se tiene de la realidad o de una o más normas del derecho.

EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN LOS QUE LA VOLUNTAD ADOLECE DE ERROR. Se debe distinguir entre error de hecho y de derecho.

1) Error de Derecho. Se define como la ignorancia o falso concepto que se tiene de una o más normas jurídicas, en suma del Derecho. Por regla general, el error de Derecho no vicia el consentimiento (voluntad), por una razón de seguridad jurídica. En Roma, como en Chile existía e principio de inexcusabilidad. En todo caso, este principio no era absoluto en el derecho Privado romano, ya que existían personas a las cuales se les excusaba el desconocimiento de la ley, y por lo tanto podían alegar ignorancia. Estos eran a la época de Justiniano:

a) Menores de 25 años.
b) Mujeres (sólo en algunos casos)
c) Soldados en campaña.
d) Rústicos(gente de campo, cuya simpleza y falta de cultura eran notorias).

2) Error de Hecho. Se define como la ignorancia o concepto equivocado que se tiene de una persona, cosa o de una hecho, en suma, de la realidad. Cuando reúne las condiciones establecidas por la ley, constituye vicio del consentimiento y permite anular al acto jurídico. Podía ser de distintas clases:

1. In negotia. En el negocio
2. In corpore. En el objeto

3. In substancia.
4. Accidental.
5. In quantitate. Cantidad
6. In qualitate.Calidad.
7. Error en los motivos.

1. Error In negotia. Es el que recae sobre la naturaleza del acto contrato que se celebra. Ej. Una de las partes cree haber dado una cosa a la otra en virtud de aun compraventa y la otra cree haberla recibido en donación. El acto es nulo. Es decir, en este caso más que un vicio de la voluntad se entiende que la voluntad no se ha manifestado, por ende falta un requisito de existencia.

2. Error In corpore. Recae sobre la identidad física de la cosa que es objeto del negocio jurídico. Ej. Una persona vende un fundo y la otra parte entiende que ha comprado otro. El acto es nulo. Vale el mismo comentario anterior.

3. Error In substancia. Recae sobre las cualidades esenciales y determinantes de la cosa. Ej. Si una persona compra a otra un brazalete de bronce creyendo que es de oro. Para que se incurra en error in substancia basta que una de las partes haya incurrido en él.
4. Respecto a los efectos: Se distingue:
5.
    a) Actos de estricto derecho: No vicia el consentimiento, el acto no es anulable.
    b) Actos de buena fe: Se vicia el consentimiento, el acto es anulable.

6. Error Accidental o por error sobre cualidades no esenciales: Recae sobre una cualidad no sustancias de la cosa. Ej. En el caso de un libro, la calidad de sus hojas. En Roma el error accidental no viciaba el consentimiento en los actos de estricto derecho, y por regla general, tampoco en los de buena fe.

Sin embargo, en los actos de buena fe podía viciarlo si concurrían los requisitos:

a) Ser una cualidad determinante para que una de las partes celebrara el contrato.
b) Que la otra parte tuviera conocimiento de que la cualidad era determinante.

7. Error In personan (Intuito persona). Recae sobre la identidad de la otra parte. Por regla general, no vicia el consentimiento, sólo lo vicia en los actos INTUITO PERSONA esto es, los casos en que la persona (otra parte) es determinante, dado que el acto se celebró en consideración a ella. Ej. Matrimonio, mandato, contrato de sociedad, etc.

8. Error en la cantidad. Recae sobre la cuantía y medida o dimensiones del objeto del negocio. Ej. Creo haber comprado 10 sacos de trigo, y la otra parte en realidad me ha vendido solo cinco. Este tipo de error se incluye hoy en el error accidental. La jurisprudencia clásico resolvió casos relativos a la stipulatio, y al no haber concordancia entre la pregunta (¿prometes dar 10 caballos?) y la respuesta (prometo dar 5 caballos) no había consentimiento. Justiniano decidió que el negocio era válido por la cantidad inferior.

9. Error In qualitate. Hoy se comprende dentro del error accidental. Recae sobre una cualidad no esencial de la cosa para determinar su sentido económico-social. Ej.

Pretendo comprar madera de una calidad inferior y se me vende una de calidad inferior, pero que tiene análoga finalidad económico-social.

10. Error en los motivos. En algunas disposiciones imperiales de casos particulares encontramos que en las disposiciones de última voluntad se da relevancia al error sobre los motivos que introdujeron al testador a instituir heredero o legatario a una determinada persona.

Las clases de error más importante son el error in negotia como el error in corpore, que vician el consentimiento de toda clase de actos, tanto así que para muchos, más que viciar el consentimiento, impiden que se forme, siendo por tanto, más que anulable, nulo. Las demás casos se error son menos graves y no impiden que el acto nazca a la vida del derecho, sino que lo hacen anulable. Así, la doctrina distingue entre error esencial (in negotia, in corpore y para algunos el in substancia) y error minus esencial.

- ERROR COMUN. Consiste en la creencia generalizada que tiene todo un grupo social o una comunidad sobre un hecho o situación a la que estimaban como verdadera no siéndolo realmente. No constituye un vicio de la voluntad, sino que hace válidos los actos o contratos que se celebran existiendo este tipo de error. Para que un error sea común deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Debe ser común, es decir, que en él incurran la mayoría de los habitantes del lugar donde se celebró u otorgó el acto.
b) Debe tener un motivo justo, que sea excusable, es decir, que quien incurra en él tenga motivos suficientes para estimar como verdadero un caso que no lo es.
c) Quien alegue error común deben encontrarse de buena fe.

B. EL DOLO.

Conceptos:

LABEON: Toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro.

C.CIVIL art.44 inciso final: Intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

CONCEPTO GENERAL: Toda maquinación fraudulenta destinada a engañar a una persona para determinarla a dar su consentimiento, para celebrar una acto jurídico o alterar sus efectos.

En el derecho romano clásico el concepto de dolo es muy amplio, así, no sólo consiste en engaño o maquinación, sino en cualquier comportamiento contrario a la buena fe.

AMBITOS EN QUE PUEDE OERARA EL DOLO EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO.

1. **Celebración de actos y contratos.** Esto es, e la formación del consentimiento. Aquí, el dolo se lleva a cabo antes de la celebración del acto o contrato y es toda actividad deliberada encaminada a inducir a error o a mantener en el sujeto de un negocio jurídico, alterando de forma fraudulenta la verdad de los hechos, con el fin de procurarse una ventaja.

Podríamos decir que la víctima de dolo, al tener un errado concepto de la realidad, incurre, incurre en error, pero cuando el error se produce por dolo, este cubre y absorbe el error, y por esto no se toma en cuenta propiamente el error, sino la injusta operación del autor del dolo, contra la que pretende ser engañado.

El dolo se castiga independiente al error, por que se castiga mas bien a la persona que fue su autor, por lo cual no es necesario que concurran, además, los requisitos del error como vicio del consentimiento.

2. **Ejecución de actos y contratos**. Esto es, en el incumplimiento de una obligación contractual. En este caso el dolo actúa como agravante de la responsabilidad del deudor.
3. **En los delitos civiles**. Delito civil es el hecho ilícito cometido con la intención de dañar, que infiere injuria o daño a otras personas, y se distingue del cuasidelito, hecho ilícito culpable cometido sin la intención de daña pero que ocasión injuria o daño a otro. En ambos casos existe daño. Pero en el caso del delito existe DOLO, esto es, la intención de producir el daño.

Resumiendo, la palabra dolo se utiliza en el derecho privado con distintos alcances según se refiera:

a) A los actos jurídicos como uno de los vicios de la voluntad.
b) A las obligaciones y un modo subjetivo del incumplimiento.
c) A los actos ilícitos y un modo subjetivo de su comisión.

CLASIFICACIONES DEL DOLO.

Dolo malo y dolo bueno. Los romanos distinguen entre **DOLO BUENO**, normales y lícitos artificios utilizados para motivar a la otra parte a que celebre un acto o contrato, y **DOLO MALO** (def. de Labeón). En el dolo bueno no hay intención de engañar o defraudar, por lo que no constituye un vicio del consentimiento.

Dolo positivo y dolo negativo. Esta clasificación se formula según el sujeto emplee una acción o una omisión.

POSITIVO: Se presentan hechos o circunstancias falsas que alteran la realidad o que colocan a la víctima en la imposibilidad de apreciarla realmente.

NEGATIVO: Consiste en guardar deliberadamente silencio sobre algún hecho o circunstancia que la otra parte necesite conocer para formarse un juicio verdadero de la realidad. La reticencia debe consistir en una abstención y no en un disimulo que configure ación positiva.

Dolo determinante y dolo incidental.

DETERMINANTE: Llamado también principal e inductivo, es aquel que ha sido la razón determinante de la declaración de voluntad, sin el la otra parte no habría contratado.

INCIDENTAL: No induce a celebrar el acto o contrato, pero hace que este se celebre en distintas condiciones a las que se habría concluido si las maniobras fraudulentas no hubieren existido.

EFECTOS DEL DOLO.

a) En los actos jurídicos de buena fe.

Podía llegar a constituir vicio del consentimiento e invalidar el acto si el dolo era (1) determinante, (2) en los actos bilaterales, obra de una de las partes. Obviamente en los actos unilaterales es obra de un tercero.

Si el dolo es incidental, o bien no es obra de una de las partes, el acto jurídico es válido, pero la víctima tiene derecho a ser indemnizado por el que lo ha fraguado por el total de los perjuicios y por quienes se han beneficiado de él, hasta concurrencia del provecho que han obtenido.

b) En los actos de estricto derecho.

En el antiguo derecho, y parte del clásico, el dolo no viciaba la voluntad, excepto cuando este producía un error esencial (in negotia o in corpore), caso en el cual el negocio, como no hay voluntad, no podía nacer. Si el error no era esencial, no había medio de declar la nulidad del negocio viciado.

Una primera excepción a esta regla se establece en materia de stipulatio con la **CLAUSULA DE DOLO**, se permite a las partes incorporar esta cláusula, por la cual cada una de las ellas se hacía prometer por su contraparte una suma de dinero, para el caso que esta incurriese en dolo. Esta tenía, eso sí, las siguientes limitaciones:

a) Debía pactarse.
b) Beneficiaba únicamente al acreedor.
c) Solo operaba en la stipulatio.
d)

Así, respecto de otros negocios, o stipulatio sin cláusula de dolo, la víctima de dolo no disponía de acción, siendo el acto jurídicamente válido. La represión del dolo fue una innovación pretoriana. El pretor concede a la víctima de dolo remedios procesales tales como la exceptio doli, la in integrum restitutio propter dolum y la actio doli.

A. EXCEPTIO DOLI.

Defensa o excepción que puede oponerse al autor del dolo, aun cuando aún no ha sido ejecutada la obligación, para impedir que el autor del dolo pudiera conseguir judicialmente los efectos del negocio jurídico viciado.

Cuando quien había obrado dolosamente demanda a la otra parte para exigir el cumplimiento de la obligación que emana del acto o contrato viciado, la víctima se defiende oponiendo la exceptio doli a objeto de paralizar la acción deducida por el demandante, aduciendo que este había fraguado y llevado a cabo una acción dolosa y así privar de eficacia o validez al derecho formal del actor cuando su ejercicio se estimaba contrario a la buena fe y a la lealtad.

La exceptio doli tenía un ámbito de aplicación bastante extenso hasta el punto de ser la más importante de las excepciones. Debía ser invocada explícitamente por el demandado e inserta en la fórmula, lo que no era necesario tratándose de los negocios de buena fe, pues en ellos el juez estaba obligado a castigar a aquel que se apartase de la buena fe.

B. IN INTEGRUM RESTITUTIO.

Es una acción de carácter procesal utilizada en muchos ámbitos y su finalidad era dejar sin efecto un acto o contrato cuando existían razones para ellos. Era uno de los más importantes remedios legales de origen pretorio. Mediante ella el pretor, fundado en razones de equidad, ponía a las partes en la misma situación en que estarían de no haberse celebrado el acto o contrato, y este se tenía por no celebrado.

Era un remedio extraordinario y sólo procedía cuando el ordenamiento no atribuía acción o excepción a quien intentaba valerse de este. Se exigía (1) que quien la invocara hubiese -sin culpa suya- sufrido daño por la aplicación del ius civile y (2) un justo

motivo de equidad, se pueden mencionar como ejemplo de justas causas de restitución la menor edad, el error, la fuerza y el dolo.

Cuando operaba en el ámbito del dolo se llamaba IN INTEGRUM RESTITUTIO PROPTER DOLUM y permitía dejar sin efecto un acto jurídico. Al ser acogida se restablecían las cosas al estado anterior de la celebración del acto y en este sentido se dice que la restitutio in integrum esa una verdadera acción de nulidad, pues el acto se tenía por no celebrado.

C. ACTIO DOLI.

Era concedida en los casos de engaño o maquinación fraudulenta y posteriormente se permitió utilizarla en todas las hipótesis de perjuicios causados por cualquiera clase de actos desleales y contrarios al derecho.

No estaba encaminada a la anulación del negocio viciado, sino que tenía por objeto una doble finalidad:

1.- Castigar con una pena pecuniaria a aquel que había cometido dolo y,

2.- obtener la restitución a la víctima de cuanto había dado o la reparación del daño patrimonial sufrido, es decir, la fórmula procesal de esta acción contenía una cláusula restitutoria (arbitraria) que permitía al demandado la posibilidad de evitar la condena mediante la restitución del provecho obtenido. Si el demandado no cumplía el mandamiento restiturio del juez, era condenado al pago del daño según la estimación jurara hecha por el demandante.

Características de la actio doli.

1- Es una acción penal, se podía imponer una condena al autor de dolo a una suma más elevada que la ventaja que había obtenido. El monto de la sanción pecuniaria era fijado por el demandante y no por el juez, bajo juramento.

2- Tenía carácter infamante.

3- Es subsidiaria. Sólo se puede ejercer a falta de otro recurso que permitiera perseguir el dolo. Bastaba que existiera una acción civil u honoraria para que quedase excluida la acción de dolo.

4- Sólo podía interponerse dentro del año siguiente a la celebración del acto viciado. En todo caso, transcurrido el año procedía una actio in factum, no penal ni infamante, dirigida al resarcimiento, o quizá solo al enriquecimiento que el autor de dolo o sus herederos hayan obtenido.

5- Era personal. Sólo procede contra el autor de dolo, pero en la época imperial se extiende a los herederos, pero sólo hasta el monto del enriquecimiento.

❖ Conclusión respecto de los efectos del dolo en los actos de estricto derecho. Si la víctima de dolo era demandada disponía para defenderse de una exceptio doli. Si no se encontraba demandado disponía de una restitutio in integrum para volver las cosas a su estado anterior. Todo ellos sin perjuicio de la actio penal, actio doli, correspondiente.

D. **LA FUERZA O METUS.**

VIOLENCIA O FUERZA es el conjunto de apremios físicos o morales que se ejercen sobre una persona con la finalidad de inducirla a prestar su consentimiento para la realización de un acto jurídico. Puede ser ***física o moral***. Los romanos, al emplear el término metus aluden primordialmente a la fuerza moral o sicológica.

La FUERZA FÍSICA consiste en forzar materialmente al individuo a manifestar una voluntad que no es la suya. Esta suprime de tal manera la libertad que no hay manifestación de voluntad. Se trata de una presión corporal que coarta la voluntad de la víctima, anulándola por completo. Así, más que un vicio de la voluntad, la fuerza física es una causa de ausencia de la misma. El acto que una persona celebra forzada físicamente se considera inexistente, ya que, en rigor, no ha existido voluntad.

La FUERZA MORAL consiste en aquellas amenazas o apremios dirigidos a infundir un temor en la víctima, con el objeto de obtener su manifestación de voluntad en un sentido determinado. Se trata de una coacción ejercida sobre la voluntad. La amenaza es una conducta ilícita que inspira temor, el temor o miedo es un efecto del acto intimidatorio.

La fuerza moral opera como vicio del consentimiento cuando reúne los requisitos exigidos por la ley. Siempre habrá libertad para elegir si celebrar el acto o asumir las consecuencias de no celebrarlo, pero como la fuerza ejercida se opone al derecho de garantizar la libertad de la persona, se acepta que se considere viciada esa declaración de voluntad. En realidad, el vicio del consentimiento que hace anulable el acto jurídico es el temor producido por la fuerza que altera el consentimiento sin destruirlo.

EFECTOS DE LA FUERZA.

a) En los actos jurídicos de buena fe.

La fuerza siempre constituye vicio del consentimiento, pero deben concurrir os siguientes requisitos:

1- Ser injusta.
2- Ser grave.
3- Ser determinante.

1- Debe ser injusta. Es injusta la amenaza contraria a derecho, contraria ala ley, o bien que se encamine a la consecución de una ventaja desproporcionada e injusta. Para Ulpiano esta clase de fuerza se denomina atroz y se estima contraria a las buenas costumbres. Ej., se amenaza a alguien con golpear a su hija si no le paga una suma de dinero. La fuerza ajustada al derecho no constituye vicio de la voluntad Ej. Cuando se amenaza con demandar judicialmente al deudor que no paga, o el acto de embargar bienes. Pero la amenaza o el ejercicio de un derecho podrá constituir vicio de la voluntad si se ha ejercido con abuso.

2- Debe ser grave. Debe tratarse de una amenaza suficiente como para atemorizar a la parte que va a negociar y obligarla a manifestar una voluntad. Para apreciar la gravedad se consideran sexo, edad, condición, lugar y tiempo. Labeón no dice que para que el metus constituyera vicio del consentimiento debía provocar un temor a un mal mayor como la esclavitud o la muerte y Gayo nos dice que lo es aquella capaz de impresionar a un hombre muy valiente

No es necesario que quien vaya a sufrir el mal sea la víctima de la amenaza, puede ser contra ella misma u otra persona. Respecto a esto la jurisprudencia romana estableció que la amenaza debe ser actual y dirigido contra uno o contra los hijos de uno.

Una misma amenaza puede ser grave para un persona y no serlo para otra, así, a la víctima de fuerza no le basta con demostrar la existencia de la amenaza, sino que además debe robar la gravedad e la misma, esto es, que fue capaz de producirle una impresión fuerte, tomando en cuenta edad, sexo y condición.

- **El temor reverencial**. Es el solo temor a desagradar a las personas a quienes se debe respeto y sumisión, no basta para viciar el consentimiento por cuanto por si solo no se le considera grave.

3- Debe ser determinante. Debe ir encaminada a obtener efectivamente la celebración de un acto o contrato, de modo que si no hubiese existido fuerza el acto o contrato no se habría celebrado. Es indiferente que la fuerza sea obra de una de las partes o un tercero, en Roma, la acción para dejar sin efecto el acto siempre se dirigirá contra la otra parte, la que a su vez puede proceder contra ese tercero. Se acepta que procede la nulidad (rescisión) de un contrato aun cuando la fuerza sea obra de un tercero, sin considerara la buena o mala fe de la contraparte.

b) En los actos jurídicos de estricto derecho.

En un principio la fuerza no viciaba el consentimiento en los actos de estricto derecho, pero el pretor va a crear distintos remedios procesales destinados a privar de efectos los actos jurídicos viciados por fuerza. Estos son la actio quod metus causa, la exceptio quod metus causa y la in integrum restitutio.

A. ACTIO QUOD METUS CAUSA. Estaba dirigida a castigar al demandado y a obtener una reparación patrimonial para la víctima de fuerza cuando ya habían tenido lugar los efectos del acto jurídico. En una primera época esta acción se entabla en contra de la contraparte si importar quien haya sido el autor de la fuerza. Ya en el derecho justinianeo, en caso de que la fuerza haya sido obra de un tercero se puede perseguir también la responsabilidad de este y en general de todo aquel que obtuvo provecho de la fuerza. En cuanto a los efectos de la actio quod metus causa debemos distinguir:

a) Si la acción se interpone antes de un año transcurrido desde que se sufrió la violencia, podía obtenerse la condena a pagar 4 veces el valor de lo que había dado la víctima o 4 veces el valor de la disminución patrimonial sufrida, a menos que, una vez acogida la acción, el demandado restituyera las cosas o su valor.

b) Si la acción se ejerce después de transcurrido un año, la condena solo puede alcanzar el monto del perjuicio.

B. EXCEPTIO QUOD METUS CAUSA. Opera en caso de que la víctima hubiera sido demandada por el autor de la fuerza, o quien se aprovechó de ella, para que se defienda, solicitando que se rechace y paraliza la acción del demandante, llegándose al resultado practico de la no ejecución del negocio viciado.

C. IN INTEGRUM RESTITUTIO PROPTER METUS. La in integrum restitutio explicada en el dolo que en el caso de la fuerza se llama propter metus.

2- EL OBJETO

Se acostumbra conceptualizar al objeto del acto jurídico como las obligaciones que el acto genera. A su vez, la obligación también tiene un objeto, que consiste en las prestaciones que deben hacer las partes. Y por último, el objeto de la prestación son las cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. Como en el Derecho Romano y en nuestro Derecho no se hacen estas precisiones, se conceptualiza al ***OBJETO DEL ACTO JURÍDICO*** como las cosas que se deben dar, hacer y no hacer. La expresión "cosa" está tomada en sentido amplio, significando tanto cosas materiales, como inmateriales (hechos, acciones, abstenciones).

Requisitos del Objeto. Es necesario distinguir:

a) Requisitos que debe reunir la cosa que se trata de dar o entregar
b) Requisitos que debe reunir el hecho que se debe o no ejecutar.

a) Requisitos que debe reunir la cosa que se trata de dar o entregar. Debe ser (1) real, (2) determinada o determinable, (3) comerciable (4) debe ser posible.

1- **DEBE SER REAL.** Al tiempo de efectuarse la declaración de voluntad, el objeto debe existir o al menos esperarse que exista. Si este existe, cumpliéndose los demás requisitos, el acto puede considerarse válidamente existente. En cambio, si el objeto se espera que exista se habla de NEGOCIO SOBRE COSA FUTURA y se distingue:

a) **Acto jurídico que recae sobre una cosa futura**. Son los casos en que el negocio jurídico recae sobre la cosa misma, la que no existe al tiempo de celebrarse el acto, pero que objetivamente se espera llegue a existir a partir de un hecho actual Ej. El fruto de una plantación. Se considera en estos casos que el acto está sujeto a una ***condición suspensiva***, donde la condición consiste en que las cosas lleguen a existir.

b) Acto jurídico que recae sobre un alea, albur o la suerte o la esperanza. El negocio jurídico versa sobre la esperanza o la suerte. Por ejemplo, te digo te compro todos los peces que logres sacar con tus redes. Pesques mucho nada habrá contrato de compraventa. En este caso el acto es puro y simple, pero aleatorio. En efecto, el comprado tiene derecho a la cantidad que resulte por un precio fijo, el que deberá igualmente si no se pesca ningún pez. Por esto, se dice que lo que se compra es la suerte (alea).

Por regla general, la denominada compraventa de cosas futuras es condicional, constituyendo la condición en estos casos un elemento de la naturaleza de la compraventa (no requiere cláusula expresa), pero que las partes pueden excluir mediante cláusula expresa.

2- DEBE SER DETERMINADA O DETERMINABLE. El objeto debe estar individualizado en su entidad física o bien señalado por su cantidad al momento de celebrarse u otorgarse el acto.

La determinación puede ser en cuanto ***género o especie***. La determinación en género es aquella en que el objeto es indeterminado dentro de un género determinado. Ej. Entregar un caballo. Cuando la determinación es en género se requieren antecedentes que permitan determinarla. Así, la determinación se concreta por cantidad, peso, medida y calidad de una género, donde la mínima referencia es al

numero o cantidad. La determinación más precisa es en especia, donde se individualiza determinadamente al objeto dentro de un genero determinado. Ej. El esclavo Sempronio. En los actos jurídicos de buena fe, cuando el objeto se determinaba en género, las cosas que lo componían debían ser al menos de una calidad mediana. En los actos de estricto derecho, que valían al tenor de los pactado, se cumplían entregando cualquier cosa del género, sin importar la calidad, a menos que se hubiese establecido expresamente.

Cuando perecen las cosas que son objeto de un contrato como consecuencia de fuerza mayor o ***CASO FORTUITO***, se debe distinguir:

1. Si el objeto está determinado en género, el caso fortuito no libera al deudor, por cuanto rige el principio de que el género no perece.
2. Si el objeto está determinado en especie, el caso fortuito libera al deudor.

- Otra posibilidad es la ***DETERMINABILIDAD*** del objeto, esto es, que el acto o contrato contenga reglas que permitan su ulterior determinación. Ej. Un sujeto se obliga a comprar todo el paño necesario para hacer un terno.

4- **DEBE SER COMERCIABLE.** La cosa debe ser susceptible de dominio o posesión por los particulares. Debe encontrarse dentro del comercio humano, es decir, no haber sido excluido de él por la naturaleza, destinación o por ley.

5- **DEBE SER POSIBLE.** A lo imposible nadie está obligado. La imposibilidad puede ser física o jurídica. Físicamente imposible es el objeto que es contrario a las leyes de la naturaleza física. Jurídica o moralmente imposible es aquel objeto que es contrario a la ley, el orden público y las buenas costumbres.

b) Requisitos que debe reunir el hecho que se debe o no ejecutar.

1- **DEBE SER DETERMINADO.** Quien se obliga debe saber que hecho debe ejecutar o de que debe abstenerse. El acreedor debe saber qué puede exigir al deudor.
2- **DEBE SER POSIBLE.** Se entiende por tal aquel que es física y moralmente posible. Es físicamente imposible el hecho contrario a las leyes de la naturaleza. Es moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

- LA LICITUD DEL OBJETO (Requisito de validez del acto jurídico)

Para la validez del acto jurídico se exige que el objeto sea lícito. Ahora, si el acto tiene objeto ilícito, este nace a la vida del derecho (no es nulo o inexistente) pero es anulable, es decir, susceptible de ser invalidado.

El objeto es lícito cuando es reconocido por la ley, que lo protege y ampara El objeto es ilícito cuando es contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, correspondiendo a los que muchos definen como objeto jurídica o moralmente imposible, no obstante hay muchas posturas al respecto. Como vemos, la licitud del objeto es un concepto no sólo jurídico sino ético, en cuanto relaciona actos contra ius y contra boni mores. En este sentido, algunos autores afirman que la exigencia de licitud o posibilidad jurídica o moral es algo variable y extremadamente sensible a las orientaciones económicas y sociales del momento.

De los expuesto se desprende que no es tan sencillo definir el objeto ilícito y así, nuestro ordenamiento no lo hace sino que señala los casos en que existe objeto ilícito. Las fuentes romanas señalan como ejemplos de objetos ilícitos las limitaciones a la libertad

matrimonial, a la libertad testamentaria, y el pacto dolus praestetur (pacto en virtud del cual se condona el dolo futuro).

3- LA CAUSA

La Palabra causa fue empleada por los romanos en muchos ámbitos. Dentro del ámbito jurídico, en particular, del derecho Privado se distinguen las siguientes significaciones:

1. Causa como fuente de las obligaciones. Gayo señaló que los contratos, y delitos eran la causa de las obligaciones. La causa en este sentido corresponde a la denominada causa eficiente. En la actualidad se distingue de manera muy nítida la causa de la fuente de las obligaciones.
2. Causa como cumplimiento de las solemnidades en los actos de estricto derecho o causa civilis. Debemos recordar que por regla general los actos del ius civile eran abstractos, entendiéndose que estos actos tienen necesariamente una causa, pero que el ordenamiento prescinde de ellas, siendo "causa" suficiente el haberse cumplido las solemnidades.
3. Causa fuente o hecho o acto jurídico o negocio que sirve de antecedente a otro. Así, en la tradición, ella supone la entrega material de una cosa por parte de una persona a otra, pero para que funcione como modo de adquirir el dominio es necesario averiguar cual fue el negocio fuente en cumplimiento del cual se efectúa. Si fue por causa de una compra, o de una donación, opera como modo de adquirir, pero no si fue por causa de un comodato o un deposito.
4. Causa como motivo o finalidad que induce a celebrar un acto o contrato. Es el sentido que nos interesa. En efecto, cuando se habla de causa en materia de acto jurídico se le atribuye este significado. Algunos autores se refieren a ella como ***CAUSA FINAL.***

La existencia de la causa, el principio de la causalidad es un principio de lógica. Si la voluntad se moviliza para hacer algo, es impulsada por algo que es la causa. El problema es precisar el concepto de causa. El tema de la causa es una de los más delicados en la teoría del negocio jurídico, y son varias las teorías que se han formulado sobre su sentido, naturaleza y alcance.

Para la ***concepción clásica o doctrina tradicional***, la causa es el fin directo e inmediato o invariable de un acto, lo que el sujeto se propone alcanzar en virtud del acto y es siempre el mismo para una misma clase de actos. Así, se diferencia de los motivos los fines subjetivos (***causa ocasional***), que son las razones internas o sicológicas que una de las partes ha tenido para contratar. Para la ***teoría clásica***, la causa (causa final) es la razón (inmediata) externa que el otro contratante conoce, por el solo hecho de celebrar el contrato de que se trata. En cambio el motivo (causa ocasional) es una razón (mediata) interna que puede no ser conocida por la otra parte. De esta manera, en los contratos bilaterales la causa por la cual se obliga una de las partes es la obligación recíproca de la otra parte. Esta es la llamada ***TEORÍA OBJETIVA***.

Para los partidarios de esta teoría, la causa se estructura sobe la base de un criterio eminentemente objetivo y referido más que al acto, a las obligaciones que de él emanan.

Para otros, la causa es el motivo determinante del acto jurídico, esto es, el fin perseguido por las partes. Para ellos la causa corresponde a lo señalado como causa ocasional. Es la llamada ***TEORÍA SUBJETIVA.***

Para los partidarios de esta teoría la causa se estructura sobre la base de un criterio eminentemente subjetivo y referido al acto o contrato y no a la obligación.

Otro sector de la doctrina considera que al causa es la ***función económico-social de todo negocio***, esto es, lo que lo caracteriza como acto jurídico y determina su contenido mínimo necesario y que no debe confundirse con el fin individual o motivo. Así, en la compraventa, la función económico-social es producir el cambio de una cosa por un precio estimado en dinero. Es la **TEORÍA OBJETIVA NEOCAUSALISTA.**

Para los partidarios de esta teoría la causa se estructura sobre la base de un criterio eminentemente objetivo y referido al acto o contrato y no a la obligación.

Finalmente un sector minoritario de la doctrina son los anticausalistas, que sostienen que para la existencia de una acto jurídico basta el consentimiento y el objeto y que la causa es un elemento falso, inútil y artificial.

Requisitos de la causa.

1. DEBE SER REAL. Debe existir realmente. A establecerse esta exigencia, se vela por la voluntad, de modo que el negocio celebrado sin causa que motive la falta de voluntad, no tiene existencia.
2. DEBE SER LICITA **(Requisito de validez del acto jurídico)**. Es causa ilícita la prohibida por la ley, contra las buenas costumbres y el orden público. Por ejemplo, en alguna época se consideró que adolecían de causa ilícita los contratos en que un individuo se encargaba, mediante un pago u honorario, a buscar a otra una persona con quien pudiera casarse.

EFECTOS DE LA FALTA DE CAUSA O SU ILICITUD EN EL DERECHO ROMANO.

a) En los actos de buena fe. De no haber causa el acto jurídico no producía efecto y silal causa era ilícita el acto era anulable.
b) En los actos de estricto derecho. En una primera época no interesaba la causa, y tampoco su ilicitud. Esto daba lugar a injusticia, lo que motivo la intervención del pretor, que creo las llamadas condictio, acciones y excepciones sometidas a un procedimiento declarativo. Estas no tendían a invalidar el acto, no se atacaba la validez, sino a privar de eficacia a un acto injusto, se atacaban los efectos contrarios a la equidad. El principio básico que inspiro al pretor fue el del enriquecimiento sin causa, para el evento de la falta de causa, y el del enriquecimiento injusto o ilícito, para el caso de la causa ilícita. El enriquecimiento injusto es el obtenido por una persona que se lucra a costa de otra sin estar asistida por una causa jurídica.

PRINCIPALES CONDICTIOS RELACIONADAS CON LA AUSENCIA DE CAUSA O SU ILICITUD.

1. ***CONDICTIO INDEBITII***. (Cuasi contrato de pago de lo no debido) Acción concedida a quien ha realizado un pago en al creencia de ser deudor, a fin de reclamar a quien lo recibió de buena fe la restitución de la cantidad o cosa percibida. No procede cuando se paga una deuda antes de vencerse el plazo, cuando se paga una obligación natural o casos similares, como el pago efectuado por quien gozaba de beneficio de competencia.

2. ***CONDICTIO CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA***. Acción que se concede a la persona que ha realizado una datio o entrega para obtener una prestación y esta no se realiza, a fin de que pueda pedir la devolución de lo entregado. Esta basada en la equidad, procede que se devuelva lo entregado por haber desaparecido la causa que motivo la entrega, esto es, la prestación. Ej. Dote de un matrimonio que no se realiza por existir impedimentos.

3. ***CONDICTIO OB TURPEM VEL INIUSTA CAUSA***. Acción que se concede para recuperar lo pagado por una causa o motivo ilegal o inmoral. Ej. Una persona entrega a otra una cantidad de dinero para que no lo mate.

4. ***CONDICTIO SINE CAUSA***. Acción con vistas a lograr la restitución de la posesión de las cosas entregadas sin causa que justifique la cesión. Ej. Una persona le regala a otra una cosa por una viaje que al final no realiza. La condictio indebittii y la condictio causa data non secuta son casos especiales de condictio sine causa.

5. ***CONDICTIO EX CAUSA FURTIVA.*** Acción concedida con ocasión de un delito de furtum, a la víctima para reclamar al autor del mismo o de sus herederos una indemnización equivalente al más alto valor alcanzado por la cosa hurtada después del hurto. Procede para que el propietario reclame del ladrón cuando se trata de dinero o de cosas consumibles cuando este no restituye lo hurtado y por haberlas consumido o gastado no es posible reivindicarlas. Esta acción tiene la particularidad de ser concedida a un propietario, en razón de una cosa cuya propiedad no ha dejado de pertenecerle, pero se le otorga para que tenga un arma más contra el ladrón.

4-LAS SOLEMNIDADES EN LOS CASOS QUE LA LEY LO EXIJA

SOLEMNIDAD es aquel medio de exteriorización de la voluntad de una manera predeterminada y concreta que exige la ley. En los actos solemnes o formales, las solemnidades exigidas para el perfeccionamiento de un acto o contrato, lo son para su existencia misma. ***Los no formales*** son aquellos a los cuales el ordenamiento no prescribe ninguna forma taxativa a la manifestación de la voluntad, y basta para que el acto nazca a la vida del derecho cualquier forma de manifestación de la voluntad reconocible exteriormente. La forma es el aspecto externo del acto jurídico, que puede configurarse de dos modos: (1) como declaración (expresamente) o como comportamiento (tácitamente). Normalmente la declaración se hace por el lenguaje, pero en el derecho romano hay gestos e inclusos silencios con eficacia declarativa.

La mayor parte de los ***negocios del ius civile era esencialmente formales***, lo que se explica por la relación de la religión con los intereses jurídicos individuales y privados. Además los primeros interpretes del derecho eran los pontífices. El cumplimiento ritual aseguraba igualmente una cierta publicidad y permitía el aseguramiento probatorio posterior.

Mas que la voluntad, lo tomado en consideración por el ius civile es la actividad desarrollada en el modo prescrito, esto es, el actus. En los negocios del ius civile la voluntad de las partes está constreñida por las palabras y los gestos prescritos, siendo indiferente al ordenamiento la intención.

Mas tarde, con el ***derecho de gentes,*** tenemos que la regla general en el ámbito del derecho privado es que los actos y contratos no estén sometidos a formalidades en cuanto a la manifestación de voluntad. Rige el principio del ***consensualismo***, esto es, que las partes son libres de emplear la forma que mejor les convenga, sea oral, escrita u otra. Con ellos la voluntad empieza a adquirir importancia como elemento generador de los actos jurídicos.

Se dice que la red de los negocios jurídicos formales se quiebra a partir del reconocimiento de los cuatro contratos del ius gentium (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) a lo cual se suma la obra del pretor al otorgar protección jurídica a otras convenciones libres como el depósito, el comodato y la prenda. Ello responde a los cambios experimentados a partir de los tiempos de la república, desarrollándose

fuertemente en la época clásica, llegando en la época postclásica a provocar la caída de las antiguas formas solemnes. Con la superación de los requisitos de forma el elemento ***causal*** del negocio se ubica en primer plano.

PRECISIONES TERMINOLOGICAS. Normalmente se utilizan las expresiones formalidad y solemnidad como sinónimas, pero estrictamente entre ellas existe una relación de género a especie. Así, podemos decir que las formalidades son ciertas exigencias de forma o externas, establecidas por la ley por distintas razones u objetivos a diferencia de las solemnidades que constituyen la única forma en que puede manifestarse la voluntad. Se distinguen cuatro categorías:

1- ***Formalidades por vía de prueba***. Limitan los medios de prueba que se pueden utilizar para demostrar la existencia de un hecho o acto. Si no se cumple con estas, la sanción es la imposibilidad de probar el acto por medio de otros medios probatorios que la ley establece.
2- ***Formalidades habilitantes.*** Son los requisitos exigidos por la ley para completar la voluntad de un incapaz o para protegerlo, consiste en la autorización de una persona determinada o bien de la justicia. La sanción por el incumplimiento es la posibilidad de privar de efectos al acto mediante declaración judicial.
3- ***Formalidades por vía de publicidad***. Su finalidad es proteger a los terceros que pueden verse alcanzados por lo efectos de un acto jurídico, de forma tal que si no se cumplen las formalidades puedan hacer valer la ***inoponibilidad como sanción***, esto es, que no les afecten los efectos del acto jurídico.
4- ***Formalidades propiamente tales o solemnidades***. Se pretende cautelar las expresiones de la voluntad misma, manifestarla validamente mediante el empleo de ciertas formas. Afecta la existencia del acto jurídico en caso de in cumplimiento.

Las solemnidades no se presumen, solo existen en virtud de un texto expreso de la ley.

LA CAPACIDAD.

(Requisito de validez del acto jurídico)

La CAPACIDAD es la aptitud de la persona para gozar, es decir, ser titular de derechos (capacidad de goce) y poder ejercerlos por si misma (capacidad de ejercicio). La capacidad se clasifica entonces en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Esta terminología no es romana, los término utilizados en Roma para explicar la posición de un individuo respecto del ordenamiento jurídico son ***captus y status.***

En Roma, no todos los hombres eran persona, por ende no todos los individuos tenían capacidad jurídica. Para tener capacidad jurídica era necesario ser hombre libre, cuidando romano y sui iuris. En Roma tenían capacidad jurídica plena el pater familias y la mujer sui iuris con algunas limitaciones. Fuera de ellos los esclavos y los alieni iuris tenían capacidad de obrar, es decir, es la facultad de producir efectos jurídicos por la sola manifestación de voluntad. Es también la posibilidad de hacerse responsable por la comisión de actos ilícitos. Existían además una serie de limitaciones a la capacidad derivadas del sexo, la edad, el estado mental, etc.

ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL ACTO JURÍDICO

Son aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, pero que las partes pueden introducir mediante cláusula especial. Llamados también MODALIDADES, LOS MÁS IMPORTANTES SON:

1. Condición.
2. Plazo.
3. Modo

1- LA CONDICIÓN.

CONDICIÓN es el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho. Al acto cuyos efectos dependen de una condición se le llama condicionado o bajo condición, y si no depende de ninguna, puro y simple.

ELEMENTOS DE LA CONDICIÓN.

A. Es un hecho. Puede consistir en un hecho u omisión.
B. Futuro.
C. Incierto.

De los requisitos de incertidumbre y futureidad se desprende que muchas cláusulas, aun teniendo apariencia de condiciones, no lo son. Así, no son condiciones los acontecimientos futuros pero no inciertos, aquellos hechos que necesariamente ocurrirán. Ej. Si Ticio muriera. Estaríamos ante un plazo. Tampoco lo serían aquellas en que el acontecimiento se ha producido ya, o está en curso de producirse y sea, en consecuencia, objetivamente cierto, aunque sea ignorado por las partes. Es lo que ocurre con condición consistente en un acontecimiento presente pero ignorado por las partes. Es condición aparente o impropia. Lo mismo con la condición consistente en un acontecimiento pasado si bien ignorado. En ambos casos existe ausencia de futureidad.

CLASIFICACION DE LAS CONDICIONES. Se clasifican en

1. Positiva o negativa.

POSITIVA: Consiste en que acontezca un hecho.

NEGATIVA. Consiste en que no acontezca un hecho (omisión)

2. Causales, potestativas y mixtas. La clasificación se hace atendiendo a la causa del evento.

CAUSALES: Su verificación (cumplimiento o incumplimiento) depende de un azar o de un hecho o voluntad de un tercero. Ej. Si llueve, si Ticio va a Roma.

POTESTATIVAS: Depende de la voluntad o de un hecho del acreedor o del deudor. Pueden clasificarse en:

a) ***Simplemente potestativa***. Depende de un hecho voluntario que debe realizar el acreedor o deudor.
b) ***Meramente potestativa***. Depende del arbitrio, del querer, de la sola voluntad del acreedor o deudor. Las condiciones meramente potestativas que dependen de la voluntad del deudor son nulas, por que se entienden carentes de seriedad.

c) ***MIXTA***: Depende en parte de la voluntad del acreedor o deudor y en parte de la voluntad de un tercero o del acaso (azar). Ej. Si te casas con Claudia.

3. Posibles e imposibles.

POSIBLE: El hecho en que consiste es física y moralmente posible.

IMPOSIBLE: El hecho en que cosiste es físicamente imposible. (Contrario a las leyes de la naturaleza) o moralmente imposible. (Prohibido por las leyes, contrario a las buenas costumbres y el orden público).

Efectos de las condiciones imposibles.

a) ***Si son físicamente imposibles***, se debe distinguir si la condición es positiva o negativa. Si es ***positiva*** el acto es nulo, salvo lo relativo a las disposiciones testamentarias. Si es negativa, se considera que el acto es puro y simple y se tiene por no puesta la condición.

b) Si son moralmente imposibles, el acto es nulos, salivo en las disposiciones testamentarias.

4. Lícitas e ilícitas.

LICITA: Aquella no contraria de derecho, buenas costumbre y orden público.

ILICITA: Hecho o acontecimiento contrario al Dº, buenas costumbre y el orden publico. Las condiciones ilícitas pueden ser realizadas pero el ordenamiento no puede reconocerles ninguna eficacia pues son contrarios a los fines del derecho. Jurídicamente se equiparan a las condiciones moralmente imposibles, así, se consideran como no escritas si afectan a una disposición testamentaria. En el Dº justinianeo se entienden también como condiciones ilícitas las que puedan influir sobre una determinación de voluntad que el Derecho quiere libre. Ej. Si uno prometía a otro una suma de dinero para que no cometiera un delito, el negocio es nulo, por cuanto no debe pagarse a otro por ser honesto.

5. Suspensiva y resolutoria. Es la clasificación mas importante, pero es propia de la dogmática moderna, ya que el derecho romano sólo reconoció las condiciones suspensivas, sin perjuicio de que las resolutorias fueron practicadas por vais oblicuas.

SUSPENSIVA: Es aquella de la cual depende el nacimiento de un derecho. Hasta que no se cumpla, sus efectos quedan en suspenso.

RESOLUTORIA: Es aquella de la que depende la extinción de un derecho. Los romanos no la admitieron claramente y consideraban al negocio afectado por ella como un negocio puro y simple cuya resolución dependía no de la condición, sino de un pacto de resolución anexo al mismo sujeto a una condición suspensiva.

ESTADOS EN QUE PUEDE ENCONTRARSE UNA CONDICION.

PENDIENTE. Lo está cuando el hecho en que consiste aún no se ha verificado pero todavía puede realizarse, desconociéndose si este puede producirse o no.

CUMPLIDA. Lo está cuando el acontecimiento futuro e incierto se verifica. Si es positivo, la condición se encuentra cumplida cuando acaece el hecho en que consiste la prestación. Si es negativo, la condición esta cumplida cuando se llega a tener la certeza de que el hecho en que consiste no acaecerá. Respecto a las condiciones negativas normalmente se establece un límite de tiempo.

- Cumplimiento ficticio. Se tiene por cumplida la condición que no se cumplió por que su cumplimiento fue impedido por un acto del interesado en su no cumplimiento.

FALLIDA. Condición no cumplida. Es necesario distinguir según si es positiva o no. Si es positiva, se encuentra fallida cuando se adquiere la certeza que el hecho no acaecerá. Y si es negativa, cuando se verifica el hecho.

EFECTOS DE LAS CONDICIONES.

a) **Efectos de las condiciones suspensivas.** Deben distinguirse los estados en que esta se encuentra. Así:

1- PENDIENTE. Mientras la condición suspensiva está pendiente, el derecho y su obligación correlativa no han nacido, lo que implica que si se trata de un negocio obligacional, la prestación no resulta exigible, por lo cual:

a) El acreedor no puede demandar el cumplimiento de la obligación, y el deudor no está obligado a cumplirla.
b) Si el deudor cumple, tiene derecho a pedir la repetición de lo pagado.
c) No corre la prescripción, pues esta se cuenta desde que la obligación se hizo exigible.

Si bien el derecho no ha nacido, existe un germen de derecho, existe un vínculo entre acreedor y deudor, por lo cual es acreedor puede impetrar (solicitar) medidas o providencias conservatorias.

El ordenamiento jurídico tutela la legítima pretensión de la otra parte y considera cumplida la condición si la parte que resultaría obligada impide dolosamente su verificación.

2- CUMPLIDA. El negocio adquiere plena eficacia como si fuera puro y simple. Si se trata de un negocio obligacional la expectativa se transforma en exigibilidad y así:

a) El acreedor puede exigir el cumplimiento.
b) El deudor puede ser obligado a cumplir.
c) Comienza a correr los plazos de prescripción extintiva.

Si se trata de un derecho real, al cumplirse a condición suspensiva se consolida el derecho e su titular, lo cual en la doctrina da pie para discutir si esto opera retroactivamente, es decir los efectos del acto jurídico se consideran realizados al momento de la celebración del acto (ex tunc) o al momento de verificarse la condición (ex nunc).

Los juristas clásicos consideraron que los efectos se inician desde el momento en que se verifica el acontecimiento. En el derecho justinianeo se reconoció el efecto retroactivo, y así si un hijo celebró un negocio para su pater y cuando se cumple la condición es ya sui iuris, el negocio aprovecha al pater y no al filius.

3- FALLIDA. Si la condición falla se desvanece la esperanza o expectativa del acreedor, no nace al derecho. Se considera como si el acto o negocio jamás de hubiera celebrado.

b) **Efectos de las condiciones resolutorias.** Como se dijo, el derecho romano no reconoció este tipo de condición, pero fueron capaces de encontrar una solución. Así, veremos los efectos en el derecho moderno y la solución romana por separado.

EFECTOS EN EL DERECHO MODERNO. Nos referiremos sólo a lo acontecido al tratarse de una condición resolutoria positiva. Es necesario distinguir estados:

1- PENDIENTE: El derecho no se ha extinguido, el acto se mira como puro y simple. En Este caso también existía la posibilidad de exigir medidas conservativas.

2- FALLIDA: Se consolida el derecho en su actual titular. De precarios y revocables, sus efectos se convierten en firmes y definitivos.

3- CUMPLIDA. El derecho se extingue para su actual titular.

SOLUCION EN LOS ACTOS DE ESTRICTO DERECHO. Tal como lo señalamos, los romanos nunca pensaron que el negocio jurídico pudiera ser sometido a condición resolutoria, pero debido a las necesidades del comercio se estableció una solución. Concebir la existencia de dos negocios, uno puro y simple, al que podíamos llamar negocio central, al que se adhiere un pacto resolutorio, esto es, encaminado a hacer que cesaran los efectos del primero y este segundo negocio estaba sometido a una condición suspensiva, en el sentido de que sus efectos de cesación de los efectos del negocio central, se realizarían si se verificaba el acontecimiento futuro e incierto. Por regla general, los pactos no dan acción para exigir su cumplimiento, pero el pretor, en caso de que se pretendiera obtener el cumplimiento del negocio jurídico central, concedía al demandado una excepción, la exceptio pactii.

2- EL PLAZO

PLAZO es el hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho.

Elementos del plazo:

1- Hecho.
2- Futuro.
3- Cierto. El plazo es siempre cierto, necesariamente ocurrirá sin importar si se conoce cuando ocurrirá, de allí que de el no depende el nacimiento de un acto jurídico y de los derechos y obligaciones que de el emanen sino simplemente su ejercicio o cesación.

La manera más común de establecer un día, pero igualmente la condición puede estar referida a un día, y además un plazo puede no estar referido a un día y aparentar ser condición. De esta forma para diferenciar un verdadero plazo de una condición los juristas distinguen entre dies certus y dies incertus.

a) Dies certus an certus cuando (se sabe que sucederá y cuando sucederá) PLAZO.
b) Dies certus an incertus quando (se sabe que sucederá pero no se sabe cuando) PLAZO.
c) Dies incertus an certus quando (no se sabe si ocurrirá, pero de ocurrir, se sabe cuando será) CONDICIÓN.
d) Dies incertus an incertus quando (no se sabe si ocurrirá ni tampoco cuando) CONDICION.

CLASIFICACIONES DEL PLAZO.

1. Convencional, legal y judicial.

CONVENCIONAL: Establecido por las partes.

LEGAL: Determinado por la ley.

JUDICIAL: Establecido por el juez.

2. Expreso y tácito.

EXPRESO: Formulado en términos explícitos por las partes, el juez o la ley.

TÁCITO: Resulta de la propia naturaleza del acto o contrato. Ej. Se celebra un contrato de compraventa sobre una cosa que está en Egipto pero que debe ser entregada en Roma, si bien nada se dice acerca del plazo, se entiende que hay un plazo tácito que es el necesario para trasladar al cosa.

3. Determinado e indeterminado.

DETERMINADO: Aquel en que se sabe cuando va a ocurrir el hecho futuro y cierto en que consiste el plazo.

INDETERMINADO: No se sabe cuando ocurrirá el hecho en que consiste el plazo. Ej. La muerte de una persona.

4. Suspensivo y extintivo. Es la clasificación mas importante.

SUSPENSIVO: Hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio de un derecho.

EXTINTIVO: Hecho futuro y cierto del cual depende la extinción de un derecho.

Los juristas clásicos consideran a todo plazo como suspensivo, y la cláusula de plazo que llamamos resolutorio la ven como un pacto de resolución sometido a plazo suspensivo, que sólo por derecho pretorio resulta eficaz.

Estados del plazo. Sólo puede estar pendiente y cumplido, nunca fallido (pues es siempre cierto).

Efectos del plazo. Se debe distinguir entre plazo suspensivo y extintivo.

a) Efectos del plazo suspensivo. El plazo suspensivo no afecta la existencia del derecho sino sólo su ejercicio. Debemos en todo caso distinguir si el plazo está pendiente o cumplido:

PENDIENTE.

1- El acreedor no tiene derecho a demandar el cumplimiento de la obligación.
2- Si el deudor paga, aunque no sea exigible la obligación, paga bien y no tiene derecho a repetir lo pagado.
3- No corre la prescripción extintiva.
4- Se pueden solicitar medidas conservativas.

CUMPLIDO. El negocio produce todos sus efectos. Así:

1- Se torna exigible la obligación.
2- Corre la prescripción.

b) Efectos del plazo extintivo.

b.1) En los actos de buena fe.

I- **Si está pendiente:** El acto existe y el derecho es exigible. El acto produce sus efectos como si fuera puro y simple.

II- **Si está cumplido:** Se extingue el derecho y su correlativa obligación.

b.2) En los actos de estricto derecho. En un principio no se admitió la posibilidad de esta clase de plazos pero se llego a admitir el plazo resolutorio, como un pacto de resolución sujeto a plazo suspensivo. Si cumplido el plazo el acreedor demandaba el cumplimiento, el deudor podía paralizar la acción de cobro.

Paralelo entre plazo y condición.

Similitudes.

1- Son modalidades o elementos accidentales del acto jurídico.
2- Son hechos futuros.
3- El acreedor puede en ambos solicitar medidas conservativas.

Diferencias.

1- El plazo es cierto y la condición incierta.
2- El plazo suspensivo suspende el ejercicio de un derecho en cambio, la condición suspensiva suspende el nacimiento de un derecho.
3- Pendiente el plazo suspensivo, si el deudor paga, paga bien y no tiene derecho a restitución. Pendiente la condición, si el deudor paga, paga mal y tiene derecho a restitución.

3- EL MODO

MODO es el gravamen impuesto al beneficiario de una liberalidad. Cosiste en imponer al beneficiario de un acto la obligación de dar un determinado destino al todo o parte de los bienes que se le otorgan. En el D° romano solía incluirse en los actos jurídicos a título gratuito como al donación o el testamento. Ej. Que Ticio sea mi heredero, oero que en el fundo que recibe levante un monumento funerario en mi memoria.

Diferencias entre el modo y la condición.

1- El modo no suspende el nacimiento de los efectos del acto jurídico. En la condición, el destinatario de la liberalidad no puede gozar de ella si o ha cumplido la condición. El cumplimiento del modo es un deber a posteriori que recae sobre el beneficiado, vale decir, la persona gravada primero adquiere y luego cumple.
2- El modo sólo puede existir en los actos jurídicos a título gratuito.

Características del modo.

1- El acto de que se trate debe ser gratuito.
2- Imponer al beneficiario un gravamen que no persiguiera un fin ilícito.

Cumplimiento del modo.

Para los juristas clásicos no existía un remedio judicial directo para obligar al beneficiado al cumplimiento del modo, y ello solo se logra por medios indirectos como lo era estableciéndose relaciones jurídicas entre el beneficiario y la persona a quien beneficia el modo. Así, el otorgante exigía una cautio al beneficiario asegurando con ello el cumplimiento del modo, o bien, otra posibilidad era fijando una stipulatio poenae para el caso del beneficiario incumplido. En el plano judicial, el pretor opto en algunos casos por utilizar su facultad de denegar acciones, vale decir, mediante el expediente de la denegatio actionis al legatario que reivindica la cosa sin haber cumplido el modo.

En el derecho justinianeo, se crea una condictio y una actio (civilis incerti praescriptis verbis) que tiene por objeto o la restitución de la cosa, en caso de una donación, o la ejecución del modus. De esta forma el modo se convirtió en una carga que el gravado tenía que cumplir sujeto a diversas mediadas de responsabilidad en caso de incumplimiento.

EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

EFECTOS DE LOS ACTOS JURIDICOS son el conjunto de derechos y obligaciones que de el emanan (nacen, se modifican o se extinguen)

Conceptos relacionados:

PARTE O PARTES: Personas que directamente o representadas concurren con su voluntad a la generación de un acto jurídico.

TERCERO: Persona que no ha concurrido ni directamente n por medio de un representante a la generación de un acto jurídico.

Lo normal es que los actos jurídicos produzcan efectos sólo entre las partes o respecto de su autor y no respecto de terceros, pe en cierto casos, puede producir efectos respecto a tercero. Por ejemplo, los actos ERGA OMNES son los actos que por naturaleza producen efectos respecto de todos. En general, los actos de familia y de estado civil son actos erga omnes. El acto pude tener efectos respecto de terceros, por ejemplo, todo negocio de disposición de bienes o traslaticio de dominio afectará a los acreedores del disponente al disminuir el patrimonio de este.

LA REPRESENTACIÓN

Estamos ante una representación cuando la manifestación de voluntad declarada en un acto jurídico es realizada por una persona distinta a favor o a cargo de la cual se quieren producir los efectos del negocio jurídico.

Clases de representación.

1. Legal y voluntaria.

VOLUNTARIA: Aquella concertada por un acto de voluntad del representado a favor del representante, de conformidad con el cual aquél procederá en lo sucesivo a nombre de este, pudiendo ser perfecta (directa) o imperfecta (indirecta).

LEGAL: Aquella concedida por la ley a determinadas personas de otras que por su edad, sexo o situación mental están incapacitadas de actuar por si y han de hacerlo por medio de tales representantes.

2. Directa (perfecta) e Indirecta (imperfecta).

DIRECTA: Aquella en que los actos o declaraciones de la voluntad realizados por el representante producen sus efectos directamente con relación al representado.

Elementos:

a) Que una persona ejecute un acto o celebre un contrato.
b) Que en la ejecución del acto o en la celebración del contrato actúe a nombre de otra.
c) Que el representante este facultado para ello por la ley o por voluntad del representado.

Si se dan estos supuestos se producen los efectos propios de la representación directa: el acto o contrato no obliga o beneficia al represéntate sino al representado.

INDIRECTA: Los romanos aceptaron sólo este tipo de representación. Es aquella en que los efectos de la declaración de voluntad o de la actuación del representante se producen en favor y en contra del mismo, por lo que se precisan nuevos actos jurídicos para que los referidos efectos pasen al representado. En ella el representante obra por cuenta del representado, pero en nombre propio, en el sentido que los efectos del negocio jurídico

se produzcan exclusivamente en la persona del representante, para luego, mediante otro acto jurídico transferir estos efectos al representado.

El no haber aceptado la representación directa como principio general se explica por:

a) en un comienzo los actos jurídicos en Roma son formales, exigiéndose la intervención personal y directa de las partes.
b) La constitución de la familia romana, el pater no necesita recurrir a personas extrañas, ya que cuenta con los miembros de su propia familia que estan sujetos a su potestad, y los utiliza para la celebración de los negocios.

En todo caso, existiría un cierto reconocimiento de la representación directa en ciertas soluciones, como por ejemplo, la posibilidad de adquirir la posesión mediante un procurator, y el efecto práctico de las acciones adjectitia qualitatis. Del mismo modo la regulación dada a las representación reconocida a tutores y curadores.

INVALIDEZ O INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO.

Se habla de invalidez cuando un acto jurídico presenta anormalidades que afectan la existencia o producción de efectos de un acto jurídicos o bien que permiten la cesación de ello. La validez de un acto jurídico depende de su reconocimiento por las normas jurídicas, las cuales determinan los casos y la extensión de su eficacia.

En los primeros tiempos del D° romano, si se cumplían las formas de los negocios jurídicos el acto era válido y sui no, era nulo e inexistente. La elaboración de esta institución y la distinción entre nulidad y anulabilidad corrió principalmente por la actividad del pretor. Fue este quien fue introduciendo remedios o herramientas procesales tendientes a privar de efectos y anular los efectos de actos jurídicos no obstante su validez según el ius civiles. De esta forma la distinción entre nulidad y anulabilidad se encuentra relacionada con la dicotomía ius civile- ius honorarium.

NULIDAD. El vicio es tan esencial que para el ordenamiento jurídico es como si el negocio no existiera, de tal forma que no producen ningún efecto jurídico.

Características.

1- Opera de pleno derecho, no requiere que el juez la declare.
2- Podía ser invocada por cualquiera, frente a quien pretendía hacer valer el acto.
3- No era susceptible de confirmación en atención a que se trataba de un acto inexistente.

ANULABILIDAD. El negocio produce todos sus efectos, pero está amenazado de impugnación por parte del interesado, vale decir, se conceden al interesado o perjudicado con los efectos del acto, medios para paralizarlos o revocarlos.

Características.

1- Precisa de declaración judicial.
2- Debe ser solicitada por el individuo a quien el acto perjudique.
3- El acto puede ser confirmado mientras no se declare su nulidad por quien en cuyo favor pudiera declarase. (confirmación: acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad)

La convalidación del negocio jurídico. Es la validación del negocio inválido, cuando intervengan las circunstancias previstas por la ley para ello. Según el derecho civil, un

negocio nulo jamás puede tornase válido. Sólo se admite la convalidación para el negocio anulable.

Principales maneras de convalidación:

1- El transcurso del tiempo. La invalidez inicial puede sanarse por el no ejercicio de los medios de impugnación (actio o exceptio) dentro de cierto tiempo.
2- La ratificación. Es a aprobación o confirmación del negocio anulable, efectuada por una de las partes que tiene derecho a hacerlo anular.
3- Remoción de la causa. El negocio inválido se torna válido por desaparecer la causa o razón de la anulabilidad. Ej. La entrega a otro con la intención de transferir el dominio de una cosa de la cual no se es dueño, no transfiere el dominio, pero si lo transferiría en caso de que el tradente llegara posteriormente a adquirir el dominio de la cosa.

TEORIA DE LAS OBLIGACIONES[156]

CONCEPTO

La celebre definición de las "Instituta", establece que la obligación es "el vínculo jurídico en virtud del cual nos encontramos constreñidos a tener que pagar alguna cosa, conforme al derecho de nuestra ciudad".[157]

Lo importante de la obligación es la situación de constreñimiento. Dicha situación consta de dos elementos: el débito y la responsabilidad.

Por débito se entiende el aspecto de la prestación debida, como por ejemplo, el deber de entregar 100 sestercios o de hacer una zanja.

La responsabilidad, en cambio, es propiamente la situación de sujeción jurídica en la cual se encuentra el deudor. Por ejemplo obligándose a pagar una bestia de carga, los romanos distinguirían entre el deber de entregar el animal y el vínculo de sujeción nacido del mismo nexum. Si el deudor hubiera pagado el animal, habría cumplido lo debido, pero continuaría la responsabilidad, la cual sólo se extinguiría con un rito exactamente contrario al nexum, como lo era la solutio per aes et libram (liberación por medio del cobre y la balanza).

Concepto de obligación

Vínculo jurídico entre al menos dos personas determinadas, un acreedor y un deudor, en virtud del cual el primero puede exigir al segundo, el cumplimiento de una prestación que puede consistir en dare, facere o praestare, mediante una acción personal.

Lo característico de una obligación (derechos personales o de crédito) –civil o pretoria- es que a un sujeto predeterminado le puede ser demandada una prestación mediante una acción personal, a diferencia de los derechos reales, en que no existe un sujeto pasivo determinado al que sujetar a prestación alguna.

El deudor responde de una obligación con todo su patrimonio, a menos que excepcionalmente limite su responsabilidad.

Evolución de la obligación romana

Las obligaciones más antiguas son aquellas que tienen su fuente en hechos ilícitos, es decir que resultan de la comisión de un delito, pero haciendo referencia a los delitos privados (delicta) y no a los delitos públicos (crimina).[158]

---

[156] El término obligatio deriva de ob ligare "ligar o atar alrededor" En su uso más antiguo aparece empleado para indicar que una cosa se encuentra afectada como garantía. En alguna época fue aplicada a las obligaciones nacidas de las convenciones y después fue extendida a las de origen delictual.

[157] Generalmente esta definición es criticada, por cuanto si bien hace mención del deudor, no lo hace en cambio del acreedor. Digamos que lo que querían establecer los romanos era la situación jurídica del deudor, y en este sentido es evidentemente una obligación. En cambio, si tal situación la definimos desde el ángulo del acreedor, estaríamos ante el derecho de crédito, que tiene el acreedor para constreñir al deudor al pago de una prestación, pero esto ya no sería estrictamente romano.

[158] La reparación de estos delitos privados parece haber seguido una evolución de la cual quedan todavía rastros en la ley de las XII Tablas. De este modo, en una primera etapa, el perjudicado por un delito podía

También en el derecho antiguo se conocieron algunos ritos jurídicos capaces de crear situaciones obligatorias, tales fueron primero el nexum y la sponsio. Más tarde aparecerá la stipulatio.

El nexum es un acto per aes et libram, es decir, utilizando el rito del cobre y la balanza. Este rito debía suceder en presencia de no menos 5 testigos y su contenido resulta bastante obscuro, aún cuando parece ser que el deudor, que era el que hablaba, se comprometía a pagar la deuda automancipando su propio cuerpo. Lo cierto es que si no pagaba, el acreedor podía ejercitar contra él la manus iniectio.

La sponsio es un rito contractual verbal, cuyo contenido originario se le vincula a la religión, que consistía en una pregunta ¿spondes? (¿Te comprometes?) seguida de una respuesta: Spondeo (me comprometo) Debía utilizarse necesariamente el verbo spondere, que por su significado ritual sólo podía ser pronunciado válidamente por los ciudadanos romanos.

Para poder extender la practica conctractual a los extranjeros entre sí, o bien a un romano con un extranjero, se autorizó la stipulatio[159] Consistía ésta en una pregunta y una respuesta, congruentes entre sí: ¿Promittis? Promitto. En este caso se podía utilizar cualquier verbo.

Generalmente se admite que estas primeras formas de contraer obligaciones tenían vinculaciones con la religión. Según relata Cicerón, era de mucha importancia el juramento, por el cual alguien se comprometía por su fides (buena fe), en presencia de los dioses. No fue, sin embargo, una forma distinta de obligarse, sino más bien un acto que solía preceder a los contratos.

La responsabilidad emergente del nexum va a sufrir una alteración hacía el 326 a.c., cuando luego de una revuelta popular provocada por la conducta de un acreedor respecto de un deudor por el nexum, se aprobó la lex Poetelia Papiria, según la cual se habría atenuado la responsabilidad del cuerpo del deudor para permitirse, en cambio, la ejecución del patrimonio.

El paso siguiente estará dado, ya en el derecho clásico, por la admisión de las obligaciones del ius gentium bajo la protección del pretor, de tal modo que las obligaciones podrán ser divididas en civiles y honorarias o pretorias.

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

I.- Según su eficacia:

a) CIVILES[160]: Son aquellas en que el acreedor dispone de una actio, para exigir su cumplimiento.

---

ejercer su venganza privada con la aprehensión del cuerpo mismo del agresor, incluso ejecutándolo. Posteriormente, se aplicará para determinados casos la ley del talión, por la cual se podía tomar represalias contra el agresor con un daño equivalente al que había recibido el agredido. Más adelante aún, la reparación de estos delitos se efectuará por la redención del derecho de venganza que tenía el agredido, esto es, en virtud de una entrega de bienes para expiar la responsabilidad. Esta evolución culminará cuando el estado regule el quantum de esa reparación, incluso tarifándola de manera muy minuciosa, como ocurre en la ley decenviral. En esta última situación estamos ya propiamente en el supuesto de la obligación tal como la definimos.

[159] Derivada de stipis, brizna de paja que se cortaba en señal de consenso.

[160] El Código Civil se refiere a ellas en sus artículos 1470 a 1472.

b) NATURALES: Son aquellas desprovistas de actio y, por tanto, carentes de medio jurídico del cual pueda servirse el acreedor para constreñir al deudor al cumplimiento.

Efecto de las obligaciones naturales

Si bien las obligaciones naturales no confieren derecho para exigir su cumplimiento, no por ello dejan de producir algunos otros efectos jurídicos: vrg.:

- La soluti retentio; facultad del acreedor natural que retener lo que el deudor le ha pagado.
- En ocasiones lo que es debido en virtud de una obligación natural puede oponerse por compensación, cuando el deudor de la obligación natural reclame, a su vez, como acreedor, el pago de una obligación civil.
- Es susceptible de novación, sustituyéndose por otra civil.
- Puede garantizarse por medio de fiadores o con la constitución de prenda o hipoteca.
- En ocasiones, cuando es necesario determinar a cuanto asciende una herencia o un peculio, se toma en cuenta la obligación natural, para deducirla como pasivo.

Casos de obligaciones naturales (enumeración no taxativa)

- **La obligatio del esclavo**: Este conforme al ius civile y ius gentium, no tiene capacidad para obligarse. Sin embargo, con arreglo al ius naturale, puede obligarse como los demás hombres, debido a su naturaleza humana. Así la obligación contractual en que el esclavo resulte deudor, (acreedor es siempre el dominus), continúa siendo natural, aunque el esclavo se haga libre. Pero no todas las obligaciones contraídas por el esclavo eran naturales vgr.: las derivadas de un delito cometido por él (actio noxalis y actio delicto).

- **Las contraídas por los alieni iuris**: sometidos a un mismo pater, bien con éste o bien entre sí. Las contraídas con extraños en las que el filius resultaba deudor (acreedor siempre es el pater), eran civiles, aún cuando la actio sólo podía ejercitarse una vez salido el obligado de la patria potestad.

- **Las obligaciones** del S.C. Macedoniano, el cual otorgó una excepción, por la cual el que, siendo filiusfamiliae, había recibido dinero a préstamo, rechazaba la acción que el acreedor ejercitaba una vez salido el prestatario de la patria potestad. En este caso la obligación no es exigible por impedirlo la excepción, otorgada no por una razón de protección al demandado, sino como un castigo a la conducta del demandante.

- **Las obligaciones del que sufría capitis deminutio media o máxima**: extinguiéndose civilmente. Sin embargo, continuaban subsistiendo como naturales.

- Un caso muy discutido de obligación natural, es entre otras, la obligación nula civilmente contraída por un pupilo sin la auctoritas de su tutor.

- **Algunos principios procesales también dan lugar a figuras muy discutidas de obligaciones naturales:** La obligación que quedaba al extinguirse la acción por efecto de la litis contestatio y todas las obligaciones extinguidas por prescripción.

-

Obligaciones *naturales impropias*

Se les atribuía el efecto de la soluti retentio, pero no tenían la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales. Su fundamento lo constituían consideraciones éticas, religiosas, etc. Por ejemplo, es el deber de prestar alimentos a parientes a quienes civilmente no se está obligado a proporcionárselos.

II.- Clasificación de las obligaciones según su objeto.

El objeto de la obligación es la prestación. A su vez el objeto de la prestación puede consistir Esta a su vez, es el comportamiento (acción o abstención) que el deudor ha de aguardar a favor del acreedor.

Se sistematizaban las diversas variedades de objetos de la obligación en los verbos:

- **DARE**: significa que el deudor está obligado a transferir el dominio o constituir un derecho real.

- **FACERE**: Incluye a todas las actividades posibles que no resulten especificadas por el resultado adquisitivo del dominio o de derechos reales: hacer una cosa o una obra material, prestar servicios inmateriales, entregar cosas, devolver cosas a su dueño, transportar, etc.

- **PRAESTARE:** En un sentido significa cualquier objeto de la obligación que no entre comodamente en las categorías anteriores. Concretamente para las de responder por deudas ajenas como garante, garantizar, o sea, otorgar cauciones, especialmente personales, responder por la integridad de una cosa: culpa, dolo, custodia.

Requisitos del objeto de la obligación

- Ha de ser objetivamente posible: La imposibilidad puede de ser física o jurídica. Ej. La de dar lo que ya pertenece al acreedor.[161] La de dar un hombre libre.[162]
- Lícito: Que no esté prohibida por la ley o la moral. Vr.gr. no tener hijos o no casarse.[163]
- Determinada o determinable: no es preciso que esté perfectamente determinada, sino que al menos lo este por datos previstos en la relación obligatoria.
- El acreedor debe tener interés: esto significa que debe tener un interés patrimonial para el acreedor, susceptible de avaluación pecuniaria.

Obligaciones divisibles e indivisibles

- **Obligaciones divisibles:** son aquellas cuyo objeto es susceptible de fraccionarse y el cumplimiento puede verificarse por acumulación de pagos parciales vrg: la obligación de dar una suma de dinero.
- **Indivisibles:** son aquellas en las cuales la prestación no puede fraccionarse vrg: la obligación de pintar un cuadro o constituir una servidumbre.

---

[161] D.45.1.82
[162] D.45.1.83.5
[163] Inst. 3.19.24

Determinar si una obligación era divisible o no, dependía de la naturaleza y valor que en el aspecto económico y social tenía la prestación. Esta clasificación además cobra importancia cuando son varios los deudores o acreedores.

Así, en general, eran divisibles las obligaciones de dar, ya que esta podía cumplirse por parte, con la excepción de que si la obligación de dar era alternativa o genérica, se consideraban indivisibles.

En cuanto a las obligaciones de hacer, eran indivisibles cuando la actividad del deudor se entendía con un resultado único. Serán divisibles, cuando se trate de servicios referidos a una unidad de tiempo, o a la confección de cosas determinables por peso o medida. Por ejemplo: tejer tal cantidad.

En cuanto a las obligaciones de no hacer, serán divisibles o indivisibles, según si la inacción exigida puede o no fraccionarse. Ej: la obligación de no reclamar una suma de dinero es divisible la de no ejercitar una servidumbre de tránsito o paso indivisible.

En el derecho clásico, las obligaciones indivisibles, en los casos de varios acreedores o varios deudores, eran consideradas obligaciones solidarias objetivas.

En el derecho Justinianeo, las obligaciones indivisibles fueron consideradas una categoría distinta de las obligaciones solidarias.

Así se admitían, aún cuando la obligación fuese indivisible:

- La condemnatio para el resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento, pudiera ser repartida entre los varios sujetos.
- También en el caso de que uno de varios codeudores fuese condenado y pagase, podía dirigirse contra los demás codeudores siempre, incluso a veces antes de pagar.
- Cuando uno de varios acreedores se dirigía contra el deudor, como no agotaba la acción de los demás, el deudor podía exigirle caución de que no sería demandado por los demás.
- Por último, cada codeudor respondía por su propia culpa.

Obligaciones alternativas y facultativas

- **Obligaciones alternativas**: son aquellas en que se señalan varias prestaciones para que el deudor cumpla una sola de ellas, bien a elección suya o bien elegida por el acreedor. Por ejemplo, se deben el esclavo Estico, el fundo Corneliano y el caballo Pegaso.

La elección del objeto puede ser del deudor, si nada se dice en el título constitutivo de la obligación, o del acreedor, en caso contrario. Si la elección corresponde a un tercero, la obligación no es alternativa sin condicional. Si éste no quiere o no puede elegir la obligación es nula, salvo que las partes hayan acordado una duración determinada del ius electiones. Ahora bien, el momento hasta el cual subsistía la facultad de rectificar la elección, tanto para el acreedor como para el deudor, era el pago efectivo.

En el caso de contienda judicial, el ius variandi se extinguía, para el acreedor con la litis contestatio, sobre todo en el derecho clásico. El deudor sólo podía efectuar la elección en la etapa apud iudicem.

Para que la obligación alternativa se extinga, por destrucción del objeto, es preciso que perezcan todos aquellos sobre los que se podía elegir. En caso contrario, la obligación subsistía concentrándose en los que queden o quede.

- **Obligaciones Facultativas**: son aquellas que teniendo un único objeto o prestación, sin embargo, le es permitido al deudor pagar cumpliendo con otra prestación distinta, prevista en el título constitutivo de la obligación o en un precepto legal, por ejemplo, obligaciones con cláusula noxal. En ellas el pater tiene la obligación de indemnizar el daño causado, y se le faculta para hacer abandono en noxa del hijo o esclavo.

En estas obligaciones, el objeto es único, si bien en el momento de pagar el deudor, puede librarse cumpliendo con otra prestación distinta. Es decir, aquí si el objeto único parece, se extingue la obligación, vgr.: Virginio debe el esclavo Estico, pero se le faculta para pagar con el caballo Pegaso; si parece Estico se extingue la obligación, aunque no perezca Pegaso.

Obligaciones genéricas y específicas

- **Obligaciones genéricas:** son aquellas en que el deudor debe dar objetos o cumplir prestaciones correspondientes a una cierta categoría, pero que no son señaladas individualmente, por ejemplo: un caballo, 10 ovejas.

En estas obligaciones se debe un individuo indeterminado de un género determinado y el deudor nunca puede quedar liberado por la destrucción fortuita de objeto, porque el género no perece, genus non perit.

- **Obligaciones específicas:** son aquellas que tienen como objeto un cuerpo cierto, o sea, se debe un individuo determinado de un género determinado. Por ejemplo, el esclavo Estico, el Fundo Corneliano.

  En estas obligaciones la pérdida fortuita de la cosa que se debe, extingue la obligación.

III.- CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN SUS SUJETOS

- **Obligaciones ambulatorias o propter rem o con sujeto indeterminado o variable[164]:** son aquellas en las cuales el acreedor o el deudor, a ambos a la vez, ni son conocidos individualmente en el momento de constituirse la obligación, ni son invariablemente los mismos, desde que la obligación nace hasta que se extingue, sino que se señala como sujeto activo o pasivo, a la persona que esté en una determinada situación, especificada en el acto constitutivo de la obligación. Algunos ejemplos son:

  - La obligación de resarcir daños causados por animales o esclavos, en este caso debe responder aquél que en el momento de ejercitarse la actio sea dueño del animal o esclavo.

  - La de reparar el muro en la servidumbre oneris ferendi; será acreedor el que en el momento de requerir la reparación sea dueño del predio dominante y deudor el propietario - en aquel momento - de la pared que debe repararse, entre otros casos.

[164] En el derecho moderno, con el desarrollo de los títulos al portador, las obligaciones ambulatorias han adquirido enorme importancia.

- **Obligaciones parciarias mancomunadas o a prorrata:** son aquellas en que existe pluralidad de sujetos principales y cada uno de ellos se encuentra frente al otro en posición de independencia; esto significa que cada acreedor tiene solamente derecho a exigir una parte de la prestación y cada deudor se halla obligado respecto de una cuota de la misma.

- **Obligaciones cumulativas:** son aquellas en que un deudor se halla obligado por la entera prestación frente a los varios acreedores o cada uno de los varios deudores frente a un acreedor, produciéndose acumulación de obligaciones. Algunos ejemplos son:

    - Si una persona vende separadamente la misma cosa a varios individuos, se obliga por la entera prestación hacia cada uno de ellos.

    - Si el testador lega una misma cosa a dos personas, en proporciones distintas, entregando la cosa al primer colegatario que se presente, el heredero queda obligado para con el otro por el valor.

    - Se admitió en la época clásica, que en caso de comisión de un delito, cada uno de los autores se obligaba a pagar la pena en forma íntegra.

- **Obligaciones solidarias:** son aquellas obligaciones con pluralidad de sujetos principales, en que cada uno de los acreedores puede exigir, o cada uno de los deudores debe cumplir la totalidad de la prestación y en que, pagada a uno de aquellos o cumplida por uno de éstos, la obligación se extingue respecto de todos los demás.

La solidaridad puede ser:

- Activa: cuando existe pluralidad de acreedores, y tiene como objeto facilitar el pago.
- Pasiva: cuando existe pluralidad de deudores y tiene como objeto garantizar el pago, ya que es una forma de garantía personal.
- Mixta: cuando hay varios deudores y varios acreedores.

Las fuentes de la solidaridad son:
- Los contratos: El ejemplo típico es la adstipulatio
- Los actos de última voluntad. Por ejemplo, en el caso del testamento podía darse la solidaridad de un legado per damnationem.
- Los hechos ilícitos. (en la época post-clásica)
- La ley.

En el derecho clásico, para algunos, la única fuente contractual de la solidaridad era el contrato verbal stipulatio, a través de la unidad del acto: Cuando varias personas (unas después de otras, o simultáneamente) dirigían la misma solemne pregunta al deudor, el cual contestaba a todos a la vez con una única respuesta (solidaridad activa); ya cuando a la formal pregunta del acreedor, cada deudor presente iba respondiendo (solidaridad pasiva).

Posteriormente, y sobre todo con Justiniano, es la intención de los contratantes - el animus - lo que determina la solidaridad de la obligación (subsistiendo eso sí, el requisito formal de la unidad del acto para la solidaridad pasiva).

El legado per damnationem, también era fuente de solidaridad: en la época clásica en un testamento se establece que deberá entregarse 100 sextercios a Sempronio; éste puede cobrarle a cualquiera de los herederos del causante, los que se obligan a pagar el total. Esta institución experimentó una evolución similar a la figura anterior, siendo la voluntad del testador, según los términos por él empleados, el punto de arranque de la solidaridad.

En la época del emperador Justiniano, se estableció que en el caso de los delitos privados, si son varios los autores, hay una obligación solidaria y el pago que haga uno de ellos, indemnizado completamente a la víctima, extingue la obligación. También con este Emperador, fue la ley fuente directa de la solidaridad.

Ciertas notas típicas de la solidaridad son:

- ¿Todos los modos de extinguir que acaban con la obligación de uno de los sujetos solidarios, operan el mismo efecto, respecto de todos los demás? No; si bien es cierto que el pago, la novación, la compensación y la litis contestatio, en el derecho clásico, entre otros modos, producen este efecto, hay otros modos que no producen este efecto objetivo y son los que se refieren exclusivamente a la persona de algunos de los sujetos solidarios y, son por ejemplo: la capitis deminutio, la in integrum restitutio.
- ¿Afecta la culpa de uno de los codeudores solidarios al resto? Si, porque la solidaridad es una forma de garantía personal.
- ¿Afecta la mora de uno de los codeudores solidarios al resto? No, porque la mora que es el retardo culpable en el cumplimiento de la obligación, requiere por regla general de la interpelatio, que es el requerimiento que el acreedor hace al deudor para que le pague y como es de carácter individual, se requiere una para cada deudor.

- Una última nota típica se refiere a la acción de regreso: que es la facultad que tiene el deudor solidario que ha pagado la obligación, para dirigirse contra los demás codeudores solidarios, para que le indemnicen el daño que supone haber pagado solo la deuda; o también la facultad de los coacreedores solidarios, de reclamar su participación al acreedor que ha recibido el pago total.

En el derecho clásico, esta acción dependía además, de la naturaleza solidario de la obligación, de la índole de la relación con que estuviesen unidos los codeudores o coacreedores, por ejemplo: si los deudores formaban una sociedad, el que pagaba podía utilizar la actio pro socio, para volverse contra su codeudores; y si los coacreedores eran todos herederos del mismo causante, tendría la actio familiae erciscundae, para reclamar su parte al acreedor que recibió el pago total de una obligación debida al difunto.

En el derecho Justinianeo, la acción de regreso es ya una consecuencia directa de la solidaridad, no dependiente de ninguna otra consideración.

TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ROMANO

Desde que la obligación nace hasta que queda totalmente cumplida el deudor ha de comportarse de tal manera que con su conducta no retarde o haga imposible el exacto cumplimiento de aquélla. De no cumplir el deudor o de retardar el cumplimiento de la obligación no por ello dejará de existir, pero resultará modificada en su contenido, en razón de su ejecución forzada.

También podría ocurrir que pendiente la obligación, ocurran hechos que determinen la imposibilidad en su cumplimiento, sin responsabilidad alguna para el deudor.

La teoría de la responsabilidad en el Derecho Romano, descansa sobre los siguientes conceptos:

1) El caso fortuito.
2) Fuerza mayor.
3) Dolo
4) Culpa
5) Custodia.

Caso fortuito: Es el imprevisto a que no es posible resistir, vgr. Un naufragio, un terremoto, , etc.

La fuerza mayor: Aún cuando se trata de un caso fortuito se reserva esta expresión para aquellos imprevistos que tienen su origen en actos ejercidos por un funcionario público, un apresamiento de enemigos, etc..[165]

Por regla general, salvo lo acordado por las partes, la imposibilidad de la prestación que arranca del caso fortuito, libera de responsabilidad al deudor, aunque en algunas obligaciones el deudor responde por eventos de este tipo. Sin embargo, ello es válido tratándose de obligaciones de especie o cuerpo cierto, ya que si la obligación es genérica, el caso fortuito o fuerza mayor no extingue la obligación del deudor, ya que el género no perece.

Dolo:[166] Es en general una conducta antijurídica, consciente y querida, es decir, intencionadamente mala y contraria a la buena fe.

Precisamente, en las obligaciones, el deudor incurre en dolo cuando a sabiendas y voluntariamente, observa una conducta que impide el exacto cumplimiento de la obligación o hace totalmente imposible la prestación que constituía su objeto.

Del dolo se responde siempre, y el pacto de non petendo dolo, por el cual se establece que no se va a responder del dolo, es nulo y de ningún valor.[167]

Culpa: Es la falta de diligencia o cuidado en el cumplimiento de una obligación, sin el propósito de perjudicar al acreedor.

---

165 Véase el artículo 45 del C.C.
166 Para el dolo y la culpa véase artículo 44 del C.C.
167 La concurrencia del dolo en el incumplimiento de una obligación constituye una agravante de la responsabilidad del deudor. Ver artículo 1558

Se distingue:

Culpa grave: es la consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia, suelen emplear en sus negocios propios.

La culpa lata es asimilada al dolo en sus efectos.

Culpa leve: es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Quien debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Los comentaristas y glosadores del derecho común señalaban un grado más:

Culpa levísima: es la falta de aquella esmerada diligencia que el hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

Otra clasificación distingue:

- **Culpa in abstracto:** cuando se compara la conducta del deudor con un ideal , vgr.: con un buen pater-familiae.
- **Culpa in concreto**: cuando se compara la conducta del deudor en sus asuntos con la que sigue en los negocios ajenos.

Custodia: La responsabilidad por custodia es un concepto que sólo existe en el derecho clásico, puesto que en el post-clásico se transformó en una especie de culpa. En un sentido generalmente aceptado, es una medida de la responsabilidad del deudor, que abarca hipótesis de imposibilidad de cumplimiento de la prestación, en las cuales el deudor puede no haber tenido culpa alguna o por lo menos, no se admite probar que no la tuvo, por ejemplo: robo o hurto o daños causados por otras personas, sobre cosas ajenas dejadas a su cuidado. Aquí no se indaga si hubo o no por parte falta de cuidado, sino que se le hace responder sin más averiguaciones. En otras palabras, es una especie de responsabilidad objetiva, o sea a quien responde por custodia no es necesario probarle que la pérdida de la cosa se debió a culpa o dolo suyo. Sólo se exime cuando la pérdida se produce por caso fortuito o fuerza mayor.

Responden por custodia:

- Las personas que detentan una cosa ajena en propio beneficio, por ejemplo En el comodato (persona a quien se ha prestado gratuitamente algo para que lo use).
- Los que manipulan material ajeno, por ejemplo el sastre.
- El vendedor después de perfeccionada la venta y pendiente la entrega.

Responsabilidad por culpa y dolo: efectos.

En el derecho clásico, en general hubo deudores que respondían por sus intencionales transgresiones a la fidelidad: dolo y; otros que respondían también por sus faltas de diligencia: culpa.

Así, en el primer criterio distintivo, que posteriormente fue desechada, los deudores cuya condena era infamante, respondían por dolo solamente y; los deudores cuya condena no era infamante, respondían por culpa.

En el derecho formulario:

- En las acciones de derecho estricto con intentio cierta, el deudor sólo responde por dolo.
- En las acciones de derecho estricto y de buena fe con intentio incierta el deudor sólo responde por culpa.

Posteriormente, los juristas elaboraron la teoría de la utilidad (utilitas contahentium), distinguiéndose entre:

- Los contratos que beneficiaban al acreedor, en los cuales el deudor responde sólo por dolo, vgr. El depósito.

- Los contratos en que el deudor tuviera interés, respondían por culpa, (levísima hoy día) ejemplo: el comodato.
- En los contratos que benefician a ambas partes, como por ejemplo, la compra venta, tanto el acreedor como el deudor responden por culpa, refiriéndose a la leve, porque la grave en esta época post-clásica se equiparó al dolo.

Efecto del incumplimiento del que es responsable doloso o culpable

En todos los casos en que la prestación se ha hecho imposible por hechos de los cuales responde el deudor, la obligación continúa, pero su objeto no es el mismo; se produce una sustitución del primitivo objeto por una indemnización pecuniaria, que represente el interés patrimonial que el acreedor tenía en la obligación, resarciendo así el daño.

En los textos clásicos, la regla general es que la indemnización de perjuicios comprende el daño:

- **Emergente:** que consiste en la pérdida efectiva que ha experimentado el patrimonio del acreedor.
- **Lucro cesante**: que consiste en la ganancia esperada, es decir, lo que el acreedor dejó de percibir.

El que determina el monto de la indemnización de perjuicios, es el juez en su sentencia. Sin embargo, las partes puede fijar de común acuerdo y en forma anticipada el monto de la indemnización, lo cual se denomina pena convencional.

La pena convencional es la evaluación anticipada y convencional de los perjuicios.

Se distingue:

- **La pena compensatoria:** que es la que reemplaza el objeto de la obligación.
- **La pena moratoria:** que es la que se establece por el simple retardo.

Ambas penas, se establecen por medio de estipulaciones, por ejemplo: prometes pagarme 100 sextercios, si no cumples la obligación: si prometo. Prometes pagarme 100 sextercios si te retrasas en el pago: si prometo.

Cuando la pena convencional es compensatoria, no se puede exigir a la vez la pena y el cumplimiento de la obligación, porque se estaría exigiendo dos veces la misma cosa. Pero cuando la pena convencional es moratoria, es decir, por el simple retardo, si se puede exigir a la vez la pena y el cumplimiento e la obligación.

La mora.

Es el retardo injustificado en el cumplimiento de la obligación, por parte del deudor o la obstaculización por parte del acreedor a recibir la prestación completa, ofrecida por el deudor en el tiempo oportuno.

La mora del deudor existe como requisitos:

- Una obligación civil.
- Una obligación exigible.
- No cumplimiento de la obligación en tiempo oportuno.
- Que sea injustificado, o lo que es lo mismo imputable al deudor.
- La interpellatio: por regla general, se exige el requerimiento que el acreedor debe hacer al deudor para que cumpla su obligación.

Los efectos de la mora del deudor son:

- Aumenta su responsabilidad, haciéndolo incluso responsable del caso fortuito.
- Con Justiniano, el deudor no responde del caso fortuito, si prueba que la cosa habría perecido en igual forma en poder del acreedor.
- A contar de ella el deudor debe pagar intereses moratorios.

La mora del acreedor exige como requisitos:

- Oferta completa y en tiempo oportuno.
- Negativa injustificada o falta de necesaria cooperación por parte del acreedor para que el pago se produzca.

Los efectos de la mora del acreedor son:

- Disminuye la responsabilidad del deudor, haciéndose sólo responsable por dolo.

Nota: En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes esta en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, mora purga la mora.

FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

Son los hechos jurídicos en virtud de los cuales dos personas se encuentran en la situación de acreedor y deudor una de otra, es decir, las causas que engendran o dan nacimiento a una obligación.

Gayo en sus "Instituta", fue el primero en clasificar las fuentes de las obligaciones, estableciendo que éstas nacen de un contrato (ex contractu) o de un delito (ex delicto).

Posteriormente, en otra obra suya, "Libri rerum cottidianarum sive aureorum", agrega a la clasificación bipartita originaria un tercer cuadro de figuras que deja indeterminadas, llamándolas "varias figuras de causas".

Finalmente, en Justiniano encontramos explicitadas estas figuras, a algunas de las cuales, por su cercanía con los contratos, las llama "quasi ex contractu" (cuasi-contratos); en tanto a otras, por su parecido con los delitos, las denomina "quasi ex maleficio" o "quasi ex delicto".

Tradicionalmente como fuentes de las obligaciones tenemos:

1) El contrato
2) El delito
3) El cuasi-contrato
4) El cuasi-delito

En el derecho actual se agrega la ley.

LOS CONTRATOS

ASPECTOS GENERALES

1.- En un principio la palabra contrahere se aplica en un sentido muy amplio. Así, a veces tiene un sentido sinónimo a commitere, cometer, otras veces es vocablo vecino a constituere, constituir. En cambio, contractus –como derivado de contrahere- es mucho más tardío de lo que se piensa[168].

2.- En el viejo derecho civil, la mera convención o el pacto no engendran obligaciones jurídicas. Para que ello pueda ocurrir será necesario que esa convención esté incorporada a un rito o solemnidad formal, que tiene la virtud de otorgarle la exigibilidad jurídica. Ello es lo que ocurre con el nexum; la sponsio y más tarde con la stipulatio.

3.- Con los cambios y exigencias nacidas del comercio jurídico, el pretor peregrino comenzó a reconocer –concediendo acciones- distintas formas contractuales del ius gentium, como los contratos reales y los consensuales.

[168] Hasta tal punto que no figura en muchos autores clásicos: Cicerón, Tito Livio, etc.

4.- Ya en la época clásica, Gayo señala cuatro formas de obligarse por contrato: a) por la entrega de una cosa (re), b) Por el pronunciamiento de ciertas palabras, c) por escrito (litteris) o d) Por el sólo consentimiento (consensu).

De esta manera llegamos a un concepto elaborado de contrato:

El contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, reconocido y amparado por el derecho, que crea obligaciones esta provisto de acción para exigir su cumplimiento y tienen un determinado nombre.

Lo que se dice de la exigencia del nombre propio está referido a la persistencia en el Derecho Romano de que cualquier convención no constituye contrato; sólo lo constituyen aquellos admitidos jurisdiccionalmente por el pretor: los que tenían un nombre en el edicto al concedérsele una acción.

Se conformó también, por razones de equidad, la doctrina de los ***contratos innominados***, que fue iniciada por Labeón a comienzos del Principado, pero concluida mucho después, según la cual una convención que no entrara en los contratos reales o consensuales, siempre que fuera ejecutada por una de las partes, deba a ésta una actio especial contra la otra, acción que en los textos justinianeos es denominada actio praescriptis verbis (acción con palabras puestas al principio).

También en el derecho imperial se admitirá que ciertos ***pactos*** (la regla general era que "del pacto no nace ninguna acción) gozarían de protección jurisdiccional, por ejemplo, en los casos de la donación y de la constitución de dote.

Clasificación de los contratos

I.- Si genera obligaciones para una o ambas partes (clasificación moderna):

a) Unilaterales: Aquellos en que una de sola de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna. Ej. Mutuo.

b) Sinalagmáticos perfectos o bilaterales: Aquellos en que las partes contratantes se obligan recíprocamente. Ej: compraventa, arrendamiento.

c) Sinalagmáticos imperfectos: Aquellos que sólo nacen obligaciones para una parte pero, pueden eventualmente engendrar obligaciones para la otra parte. Ej. En el depósito sólo se obliga al nacer la obligación el depositario, a restituir la cosa –entre otras obligaciones- sin embargo, pueden nacer posteriormente obligaciones para el depositante de indemnizar al depositario los gastos en que ha incurrido en la conservación de la cosa.

II.- Atendiendo a la causa civil que determina su perfección (o como se perfeccionan) se distinguen en:

a) **Verbales: El** contrato se perfecciona o nace a la vida del derecho por el cumplimiento de una determinada formalidad oral. La Stipulatio.

b) **Literales**: El contrato se perfecciona por el cumplimiento de una formalidad escrita. Ej. La transcriptio.

c) **reales:** Son aquellos en que el contrato se perfecciona por la entrega de una cosa. En sentido estricto transferir la propiedad y en sentido amplio, transferir la propiedad o la simple entrega de una cosa. Son contratos reales, el mutuo, el depósito, el comodato y la prenda.
d) **Consensuales:** Aquellos que se perfeccionan por el mero acuerdo de voluntades. Son contratos consensuales la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

III.- En atención a quien resulta beneficiado con el contrato:

a) Gratuito: Cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen.. Ej: depósito y comodato.
b) Oneroso: Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Ej. La compraventa.

Los contratos onerosos a su vez pueden ser:

a) Conmutativos: Cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.
b) **Aleatorios:** Cuando la equivalencia consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

IV.- En atención a si puede o no subsistir por sí solo.

a) Principales: Cuando subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención.
b) **Accesorios:** Cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella.

V.- Según las acciones que los protegen:

a) De derecho estricto: En estos contratos la obligación esta marcada taxativamente por lo que manifestaron expresamente las partes.
b) **De buena fe:** En estos se debe todo lo que sea conforme a la buena fe. La cláusula ex fide bona le da al juez una gran libertad de apreciación, al tener en cuenta el criterio de libertad en las convenciones.

CONTRATOS VERBALES

Contratos verbales son aquellos que se perfeccionan pronunciando determinadas palabras. Entre ellos incluye Gayo: la stipulatio, dotis dictio y promissio iurata liberti y la adstipulatio. Sólo nos referiremos a la stipulatio.

Stipulatio: Es un contrato verbal que consistía en una pregunta seguida de una respuesta.

Características

1.- Es un contrato oral...
2.- Es un contrato abstracto, desconectado de su causa o finalidad económico-social. En efecto, la stipulatio puede servir para recubrir de forma jurídica las más variadas convenciones, que de este modo quedan dotadas de acciones.

3.- Es un contrato unilateral, ya que sólo hace surgir obligaciones para el promitente.
4.- Es un contrato de derecho estricto ya que hace surgir a favor del estipulante la actio certae pecuniae (condictio), que es el prototipo de las acciones de derecho estricto.

Elementos

1.- Sujetos: En la stipulatio intervienen dos partes: el promitente que es la persona que promete realizar una determinada prestación (deudor) y el estipulante, que es la persona que acepta (acreedor).

2.- Objeto:

1. Originariamente la estipulación sólo podía versar sobre una prestación determinada un certum pecunia, es decir una cantidad determinada de dinero (*sestertium decem milia*), un conjunto determinado de otras cosas fungibles concretas (por ejemplo, cien celemines de trigo africano de primera calidad, *tritici Africani optimi modii centum*), o una cosa concreta (el esclavo Stichus) o pluralidad determinada de ellas. De la estipulación de una certa pecunia nacía la *actio certae creditae pecuniae*; en todos los demás casos, la condictio triticaria. La intentio en ambas *era certa*, lo que significa que excluían todo arbitrio judicial.
2. Pero muy pronto, en todo caso ya en la época republicana, la estipulación podía versar sobre un *incertum*, por ejemplo, sobre la entrega de una cosa no determinada exactamente o futura, sobre la constitución de un usufructo, o sobre cualquiera acción u omisión. En tales casos, la fórmula procesal de la acción (actio incerta ex stipulatio) había de contener también una *intentio incerta*, por la que se ordenaba al juez fallar a favor del actor todo lo que, por el contenido de la estipulación, le fuera debido (quidquid dare facere oportet); el arbitrio judicial disponía aquí de un margen mayor que en las acciones con *intentio certa*.

3.- Elementos formales: La stipulatio requiere de una forma oral. Hay que distinguir:

a) En el viejo ius civile, accesible sólo a ciudadanos romanos la forma oral era la sponsio, que consistía en una pregunta ¿spondes? (prometes) seguida de una respuesta spondeo (prometo).
b) En el derecho de gentes: la expresión era ¿promittis? Promitto.

Requisitos de la stipulatio son en consecuencia:

a) La oralidad.
b) La presencia de las partes.
c) La unidad del acto (a la pregunta debe seguir inmediatamente la respuesta).
d) La congruencia entre pregunta y respuesta.

CONTRATOS LITERALES

Contratos literales son aquellos que se perfeccionan por una determinada formalidad escrita.

<u>1.-NOMINA TRANSCRIPTICIA</u>.

Concepto

Es un contrato formal y abstracto, unilateral y de derecho estricto, en virtud del cual una persona queda obligada frente a otra, mediante la anotación que esta segunda hace en un libro de entradas y salidas (codex accepti et expensi), de una cantidad como si le hubiera sido entregada por la primera.

Características

1.- La nómina transcripticia o crédito transcripticio es un contrato formal y literal, pues se perfecciona por la escritura.

El paterfamilias solía llevar un libro de entradas y salidas y era la anotación de ese libro de una cantidad, como si hubiera sido entregada, lo que hacia surgir la obligación. Aunque Gayo no lo diga expresamente esta anotación se realizaba siempre con el consentimiento del deudor.

El paralelismo de este contrato con la stipulatio resulta esclarecedor. En la stipulatio lo decisivo para que surja la obligación es el juego de la pregunta y respuesta ¿prometes dar 100? Si prometo. Más adelante se adoptó la costumbre de redactar un documento escrito que servía como medio de prueba. Pero la redacción de este documento era algo secundario, ya que para probar que la stipulatio habia tenido lugar se podía recurrir a otros medios de prueba (vr.g. testigos).

En la nómina transcripticia lo decisivo es la anotación en el libro de entradas y salidas del pater (codex accepti et expensi).

2.- La nómina transcripticia es un contrato abstracto, ya que aparece desconectado de la causa. Se podría comparar este contrato con la moderna letra de cambio, que también contiene una promesa abstracta de pago.

Otro punto que resulta muy claro en Gayo, es lo siguiente: supongamos que se entrega a una persona una determinada cantidad de dinero y, luego se anota en el codex accepti et expensi. Dice Gayo que aquí no hay contrato literal, porque la obligación surge por la entrega del dinero al acreedor, o sea, el contrato seria real. Lo que caracteriza al contrato que nos ocupa es la anotación de una cantidad, como si le hubiera sido entregada.

3.- Es un contrato unilateral, ya que, sólo surgen obligaciones para una de las partes.

4.- Es por último un contrato de derecho estricto, ya que la acción al igual que en la stipulatio es justamente la condictio.

Este contrato cayó en desuso al momento en que dejaron de llevarse por los parter libros de contabilidad.

Syngrapha y Quirographa

Gayo los cita como contratos propios de los peregrinos y su uso provino del derecho griego. Aunque el autor no es muy expresivo en este punto, por otras fuentes se sabe que las diferencias entre ambos eran muy profundas. En efecto, la quirographa era un documento meramente probatorio, y atestiguaba por tanto, un negocio efectivamente celebrado, era además un documento firmado solamente por el deudor y sellado con su anillo; aquél quedaba en poder del acreedor. De ahí que se parezca a nuestro moderno pagaré.

La syngrapha en cambio, es un documento que crea una obligación, mediante la escritura, es decir, documento constitutivo de carácter abstracto, que como tal es susceptible de reflejar una datio ficta. Era extendido en dos ejemplares, firmados y sellados ambos, de los cuales quedaba uno en poder del acreedor y otro en poder del deudor.[169]

CONTRATOS REALES

Son aquellos que se perfeccionan por la datio de la cosa. En un sentido estricto datio implica transferir el dominio de una cosa. Entendido de esta manera seria contrato real sólo el mutuo, ya que es el único que para su perfección requiere la transmisión de la propiedad. En cambio, el termino datio en sentido amplio, es decir, entendido como entrega de la cosa, comprende dentro de la categoría de derechos reales también, al comodato, deposito y la prenda.[170]

MUTUO O PRESTAMOS DE CONSUMO

Concepto

El mutuo o préstamo de consumo es un contrato real, unilateral y de derecho estricto, que se perfecciona por la entrega de una cosa fungible que una persona llamada mutuante hace a otra llamada muturio, quien se obliga a restituir al mutuante la misma cantidad de cosas de igual género y calidad.

El préstamo es el contrato fundamental del crédito. En el derecho romano histórico aparece, igual que en la actualidad, principalmente como préstamo

---

[169] Lo que no se sabe con certeza era si servían como meros medios de prueba o si ambos –o al menos la syngrapha- tenían un valor abstracto constitutivo de obligaciones. Gayo subraya que se realizaban fuera de toda stipulatio previa, lo que los acercaría a nuestros papeles abstractos de comercio; no habría en consecuencia necesidad de hacer figurar una causa preexistente. Pero a partir de cierto momento, quizá en la época de Caracalla, en el año 215, se permitió la exceptio non numerata pecuniae a fin de que el actor debiera probar la existencia de la causa de la obligación. En la práctica, luego de la época clásica se fusiona con la stipulatio documentada.

[170] La configuración de los contratos reales en la época clásica no es clara. En la compilación justinianea en cambio, se consideran contratos reales tanto el mutuo, que transmite la propiedad, como la prenda que solo transmite la posesión interdictal y el comodato y el deposito que no transmiten mas que la mera posesión natural

de dinero. El préstamo de especies (por ejemplo, de granos), que en las economías poco adelantadas ocupa el primer plano, apenas si tuvo importancia en la economía romana como tampoco la tiene en la actual porque en ellas domina la circulación de dinero.

Características

1.- Es un contrato real, ya que se perfecciona por la entrega o datio de la cosa. La datio produce el efecto de transferir la propiedad de las cosas dadas en mutuo. Precisamente, por esa razón se dice que el mutuo es un préstamo de consumo, porque el mutuario se hace dueño de las cosas entregadas en mutuo. Por esa misma razón, la entrega constituye en este contrato tradición.[171]

2.- Es un contrato unilateral, la única obligación que genera es para el mutuario: devolver al término del contrato la cantidad recibida en préstamo.

3.- Es un contrato de derecho estricto, ya que está protegido por la actio certae creditae pecuniae (condictio), que es una acción de stricti iuris.

Elementos

1.- Partes: Lo son el mutuante (persona que entrega) y el mutuario (persona que recibe). Para que pase la propiedad de las cosas dadas en mutuo es necesario que el tradente tenga tanto capacidad como poder de disposición. La mujer tiene capacidad para dar cosas en mutuo, aún sin auctoritas de su tutor (siguiendo la regla de que la mujer no necesita de la auctoritas tutoris para enajenar cosas nec mancipi). En cambio, el pupilo sin la auctoritas de su tutor, no transmite la propiedad. Ahora bien, si el mutuario consume el dinero de buena fe se considera que ha adquirido la propiedad y procede por la tanto, la condictio. Además el mutuante tiene que ser dueño de las cosas dadas en mutuo.

El senadoconsulto Macedoniano de la época de Vespasiano, dictado con ocasión de la perpetración de cierto acto criminal, dispuso que el hijo de familia que hubiera contratado un préstamo no podía ser obligado a la devolución de lo recibido, ni aun después de su emancipación por muerte del padre. Las fuentes nos presentan como motivo de la norma no la ligereza de los filii familias, sino la protección del pater, ya que según la tradición, un tal Macedo dio muerte a su padre para heredarle y pagar así las cuantiosas deudas que había contraído.

Si el préstamo sometido a la prohibición del senadoconsulto era demandado en juicio, el magistrado debía, siguiendo los términos del mismo, negar al acreedor la acción y el proceso; también podía encomendar al juez la investigación de la posible infracción del senadoconsulto, concediendo la acción, pero con adición de una *exceptio* a la fórmula procesal y según el resultado de tal examen se pronunciaba la condena o la absolución del hijo de familia demandado.

Si el préstamo era pagado por el padre, por cuenta del hijo -entre tanto emancipado- o por un tercero, el senadoconsulto no se aplicaba, de suerte que no se podía exigir al acreedor la devolución de lo percibido.

[171] Sin embargo, ellas no pueden reivindicarse, ya que sólo pueden reinvindicarse las cosas identificables.

Según dice Justiniano, en época antigua se discutió si la autorización posterior del pater familias convalidaba el préstamo; el emperador resolvió la cuestión en sentido afirmativo.

2.- Objeto: El dinero o las cosas fungibles dadas en mutuo, cuya propiedad pasa al mutuario con la datio.

3.- Obligaciones y acciones:

El préstamo se constituye por la entrega de una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, y de él surge para el que recibe aquélla, la obligación de devolver la misma suma o igual cantidad de cosas de la misma clase y calidad. Esta obligación del prestatario es independiente de la suerte que corran las cosas prestadas, pues aunque el dinero o las especies se pierdan sin culpa suya, subsiste, puesto que no está obligado a devolver las mismas cosas que recibió sino otras de igual género.

Para hacer efectivo su derecho, el mutuante disponía de las mismas acciones que nacían de la *stipulatio certi,* o sea: *la actio certae creditae pecuniae* cuando lo prestado era dinero, y *la condictio triticaria* si el préstamo versaba sobre otras cosas fungibles. Esta es una acción de derecho estricto que no permite incluir el cobro de intereses. Como nadie estaba dispuesto a prestar dinero sin intereses, se salvaba esta situación por medio de una stipulatio.[172]

COMODATO O PRESTAMO DE USO

Concepto

El comodato o préstamo de uso, es un contrato real, bilateral imperfecto, de buena fe y gratuito, que se perfecciona por la entrega que una persona llamada comodante, hace a otra llamada comodatario de una cosa no fungible para que éste la use y la restituya al cabo de un cierto tiempo.

En Roma este contrato *(commodatum, commodore, untendumdare*) se perfeccionaba por la entrega de la cosa al comodatario, el cual se obligaba a la restitución de la misma cosa. Mientras duraba el contrato de comodato, el comodatorio retenía la cosa como simple tenedor o detentador por el tiempo de duración del contrato; la propiedad y la protección posesoria seguían perteneciendo al comodante.

Características

1.- Es un contrato real, pues se perfecciona por la entrega de la cosa.

2.- Es un contrato bilateral imperfecto, pues hace surgir siempre obligaciones a cargo de una de las partes, el comodatario (las obligaciones de custodia y restitución de la cosa) y sólo eventualmente, obligaciones a cargo del comodante (la obligación de resarcir los gastos que el comodatario haya realizado para la conservación de la cosa).

[172] La tasa de interés en el derecho clásico es de 12% anual y en el justinianeo de un 6%.

3.- Es un contrato de buena fe, pues esta protegido por una acción de buena fe. (o al menos parece que los juristas lo trataron como tal).

4.- Es esencialmente gratuito. Esto es el comodatario es el único que reporta beneficio, sufriendo el comodante el gravamen.

Elementos

1.- **Partes: Comodante**: persona que entrega la cosa en préstamo de uso y el comodatario, persona que recibe la cosa para usarla.

2.- Objeto: Pueden darse en comodato cosas muebles o inmuebles. Lo más frecuente es sin embargo, que recaiga sobre cosas muebles no fungibles.[173]

Obligaciones y acciones

El comodatario tiene la obligación de usar la cosa debidamente, es decir, tal como se convino; si por ejemplo, se le prestó un caballo para pasea y lo lleva a la guerra comete un furtum usus.

El comodatario responde por custodia de la cosa, que incluye toda pérdida o deterioro de la cosa, que no sea debida a caso fortuito o fuerza mayor. Este es el régimen del derecho clásico. En el derecho justinianeo, en cambio, se exonera de responsabilidad al comodatario, cuando demuestra que empleo la debida diligencia en la conservación de la cosa.

El comodatario tiene la obligación de restituir la cosa cuando expire el plazo para el que fue prestada, o en caso de que no se haya pactado plazo alguno, cuando se lo pida el comodante.

El comodatario tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios que hubiere realizado en la cosa para su conservación.

Del contrato del comodato nacía siempre una acción para el comodante (*la actio commodati directa*), para exigir la restitución de la cosa prestada. Ocasionalmente se podían originar del contrato derechos a favor del comodatorio, que hacía efectivos en *iudicium contrarium*. Esta posibilidad daba al comodato el carácter de contrato imperfectamente bilateral.

a) El comodante había de ejercitar su acción una vez transcurrido el plazo por el que se hubiera hecho el préstamo, y si no se hubiera pactado tiempo determinado, después que se hubiese hecho o podido hacer el uso acordado en el contrato. Con respecto a su obligación de restituir, el comodatorio respondía, en la época clásica, *de la custodia*, y en la postclásica de la *diligencia in custodiendo*. Si la cosa desaparecía por hurto no quedaba libre, por lo tanto, de responsabilidad según el derecho clásico, y regularmente tampoco por el derecho postclásico. Para obtener la devolución de la cosa, el comodante disponía de dos fórmulas procesales distintas: una, la más antigua,

[173] Excepcionalmente pueden darse en comodato cosas fungibles: por ejemplo si se prestan a un banquero monedas para que las exhiba, durante un cierto tiempo con cargo de restituirlas.

con intentio in factum concepta, y otra, más moderna, concebida *in ius*, de la clase de *los bonae fidei iudicia*.

b) Las acciones que se podían derivar a favor del comodatario podían tener por objeto el resarcimiento de los gastos que hubiera tenido que hacer por razón de la cosa, o de los daños que los defectos de la misma, conocidos por el comodante, o su mala fe le hubieran producido.

El comodatario es un mero poseedor natural, por tanto, no dispone de los interdictos posesorios, que siguen correspondiendo al comodante.

DEPÓSITO

Concepto

Depósito: Depósito (*depositum*) es el contrato real, bilateral imperfecto, de buena fe, y de carácter gratuito, que se perfecciona por la entrega que una persona llamada depositante, hace a otra llamada depositario de una cosa mueble para que la custodie durante un cierto tiempo.

Características

1.- Es un contrato real El contrato se perfeccionaba en derecho romano por la entrega de la cosa por el depositante al depositario.

2.- Es un contrato bilateral imperfecto, pues de él surgen siempre obligaciones a cargo del depositario (la de guardar la cosa y restituirla cuando se lo pida el deponente) y sólo eventualmente, a cargo del depositante (la obligación de resarcir al depositario los gastos necesarios que éste hubiera hecho para la conservación de la cosa o las indemnizaciones por los perjuicios que le hubiese ocasionado la cosa).

3.- Es un contrato de buena fe: pues la acción que lo protege tiene este carácter.

4.- Es un contrato gratuito: Si se pactara una retribución deja de ser depósito y pasa a ser arrendamiento de cosa.

Elementos

1.- Sujetos: Depositante, persona que confía la cosa a otra parte para que la guarde y el depositario, el que recibe la cosa con la obligación de custodiarla.

2.- Objeto: El tipo normal de depósito llamado regular, era el de cosas determinadas. Sobre ellas no adquiría el depositario la propiedad ni el derecho a protección posesoria; sólo las poseía en calidad de tenedor. Sólo pueden ser cosas muebles, normalmente cosas no fungibles. Atendiendo, al tipo de cosas que se dan en depósito se pueden distinguir las siguientes figuras especiales:

a) Depósito irregular: Cuando el objeto del depósito son cosas fungibles, por ejemplo dinero y se facultaba al depositario para usar de él, y devolver la misma cantidad, el contrato se sometía a reglas especiales. El depositario se convertía en

este caso en propietario del dinero depositado, obligándose a restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

b) Otro especial caso del depósito es el **secuestro**, o entrega de una cosa por varias personas, para su custodia, a un secuestratario (*sequester*). Éste asumía la obligación de guardar la cosa y únicamente podía restituirla según las condiciones establecidas al constituir el depósito y a la persona entonces determinada o que resultara autorizada según las circunstancias de la constitución. El secuestratario gozaba, a diferencia de los demás casos de depósito, de la protección posesoria de la cosa. El derecho a la restitución de ésta se hacía efectivo mediante una acción especial, *actio depositi sequestraria.* El caso más frecuente de secuestro era el del objeto sobre el cual pendiera un proceso, y por el tiempo de duración del litigio.

c) Depósito Necesario o Miserable tendrá lugar cuando el deposito se realizaba en circunstancias extraordinarios y el depositante no podría elegir la persona del depositario, en este caso se elevaba la responsabilidad del depositario a culpa leve, además su acción va dirigida a obtener el doble del valor de la cosa depositada.

Obligaciones y acciones

El depositario, en el depósito regular tiene la obligación de custodiar la cosa, sin usarla y de restituirla cuando la pida el deponente.

A diferencia del comodatario que responde por custodia, el depositario sólo responde por dolo.

De él nacía en todo caso, como en el comodato, una acción para el depositante (*actio depositi directa*) y accidentalmente una contraria para el depositario.

El depositante podía exigir en cualquier momento, por medio de la actio depositi, la devolución de la cosa depositada. Por su parte el depositario era responsable sólo por el dolo, y en el derecho justinianeo también por la *culpa lata*. Si era condenado por razón de la *actio depositi* sufría, según el Edicto pretorio, una degradación en su honor civil Igual que la actio commodati, la *actio depositi* podía hacerse efectiva, a elección, en fórmula *in ius concepta o in factum concepta;* la primera contenía la cláusula *ex fide bona.*

Los derechos que podían derivarse del depósito para el depositario tenían idéntico objeto al de los correspondientes al comodatorio, y se hacían efectivos en *iudicium contrarium.*

PRENDA

Definición

La prenda es un contrato real, bilateral imperfecto, que se perfecciona por la entrega que una persona llamada deudor pignoraticio (pignorante) hace a otra llamada acreedor pignoraticio (pignoratario) de una cosa, en garantía del cumplimiento de una obligación principal; quedando obligado el acreedor a devolverla cuando le sea satisfecho su crédito.

El contrato de prenda da nacimiento a un derecho real de prenda.

Características

1.- Es un contrato real: Porque se perfecciona por la entrega de la cosa. (Queda excluida por tanto, la hipoteca, ya que el deudor sigue en posesión de la cosa (prenda sin desplazamiento).

2.- Es un contrato bilateral imperfecto: Ya que siempre nacen obligaciones para una de las partes (el acreedor pignoraticio, que tiene la obligación de restituir la cosa, una vez que le ha sido satisfecho su crédito) y sólo eventualmente, a cargo del pignorante (por ejemplo, la obligación de reembolsar al acreedor pignoraticio los gastos necesarios que éste hubiera realizado para la conservación de la cosa).

3.- Se discute si es o no un contrato de buena fe: La opinión dominante se inclina por considerarlo un contrato de derecho estricto, ya que la actio pignoraticia no contenía la cláusula ex fide bona.

Elementos

1.- Sujetos: Las partes son el pignorante o deudor pignoraticio y el acreedor pignoraticio, que es el que recibe la cosa en garantía del cumplimiento de la obligación.

2.- Objeto: Pueden darse en prenda todo tipo de cosas, incluso los inmuebles ya que en el derecho romano (a diferencia del germánico) lo que distingue a la prenda de la hipoteca no es el que recaiga sobre una cosa mueble o inmueble respectivamente, sino el hecho de que haya o no traspaso de la posesión.

Obligaciones y acciones

La obligación fundamental del acreedor es la de restituir la cosa al pignorante, una vez que éste le ha satisfecho su crédito. En el caso de que el deudor pignoraticio no pague y el acreedor venda la cosa dada en prenda está obligado este último a reembolsar al primero lo que le haya sobrado de la venta tras cobrarse el importe de su crédito y los intereses.

Del contrato de prenda se derivaba, en todo caso, para el pignorante, igual que en el comodato y en el depósito, una acción (*actio, pigneraticia directa*), y sólo accidentalmente otra para el acreedor pignoraticio, que se hacía efectiva en un *iudicium contrarium*. Era, pues, también la prenda un contrato imperfectamente bilateral, en el sentido del derecho común.

a) La *actio pigneratica directa* del pignorante tenía por objeto obtener la restitución de la prenda una vez extinguida la obligación en cuya garantía se hubiese empeñado o cuyo cumplimiento no se hubiera podido verificar por mora del acreedor; y si la cosa hubiera sido vendida y cubierto con el producto la deuda, por ella se perseguía la entrega del excedente sobre el precio de venta.

En el derecho clásico, el acreedor pignoraticio debía responder de la *custodía* de la cosa, como en el comodato; en el derecho justinianeo se limita

la responsabilidad a la omisión de la diligencia exigida a un buen padre de familia. Lo mismo que en el comodato y el depósito, es probable que en el derecho clásico se dieran dos fórmulas procesales para la acción principal (directa), una *in ius concepta* y otra *in factum,* la primera con la cláusula *ex fide bona.*

b) Del contrato de prenda se podía derivar una acción contraria, como en el comodato, para el acreedor pignoraticio, para exigir la indemnización de daños o el abono de gastos hechos sobre la cosa. Además, y por lo menos en el derecho justinianeo, aquél disponía de otra acción contraria en el caso de que la prenda no se hubiera constituído según lo pactado o hubiera existido mala fe de parte del pignorante, por ejemplo, por haber dado en prenda una cosa que no le pertenecía o fuera de escaso valor.

CONTRATOS CONSENSUALES

Son aquellos que ni requieren una forma solemne, ni una datio rei. Se perfeccionan solamente por el consentimiento de las partes. La importancia de la función económica que desempeñan algunas convenciones en la vida social pareció a los romanos causa civil suficiente para que de ellas surgiesen acciones. Y hubo así en tales casos obligaciones civiles que no nacían verbis, ni litteris, ni datio re sino simplemente consensu, es decir, por la simple manifestación, en cualquier forma, **del acuerdo entre las partes.**

Dichas convenciones, generadoras de obligaciones civiles sin más que por el consentimiento, y elevadas, por ende, a la categoría de contratos son solamente cuatro: la compraventa (emplio-venditio), el arredamiento (locatio-conductio), el mandato (mandatum) y la sociedad (societas).

LA COMPRAVENTA

Los precedentes históricos de este contrato no son conocidos. Su designación con dos palabras, emplio-venditio, induce a pensar que el fin logrado con la compraventa se originó primeramente con dos stipulationes una para la cosa y otra para el precio. Otros creen que el precedente debe verse más bien en la primitiva mancipatio, cuando ésta era una venta efectiva al contado, desglosándose el elemento acuerdo, referente a la cosa y el precio del rito formal, para el traspaso efectivo del dominio.

Concepto

La compraventa es un contrato consensual, bilateral perfecto y de buena fe, en virtud del cual una de las partes llamada vendedor, se obliga a entregar a otra la posesión de una cosa y a garantizarle su pacífica goce y disfrute, a cambio de un precio cierto en dinero.

Características

1.- Es un contrato consensual: Ya que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

2.- Es un contrato bilateral perfecto: Ya que hace surgir obligaciones para ambas partes: para el vendedor la obligación de entregar la cosa vendida y garantizar su

pacifica posesión y disfrute y para el comprador la obligación de transmitir la propiedad de una cantidad de dinero, llamada precio.

3.- Es un contrato de buena fe: Surgido de las relaciones comerciales con extranjeros, la flexibilidad que le otorga la inclusión en la fórmula de la cláusula ex fide bona, que concede un gran margen al arbitrio judicial (a cuanto según la buena fe debe dar, hacer.....)

4.- La mera compraventa no transfiere la propiedad: Aunque el vendedor sea propietario, ya que sólo crea una relación obligacional, o derechos personales. Por tanto, será necesaria la tradición para que nazca el derecho real de propiedad.

Elementos

1.- Sujetos: Vendedor: quien se obliga a entregar la cosa vendida y a garantizar su pacífica posesión y disfrute. El comprador: quien se obliga a pagar el precio. (a transferir el dominio del dinero).

2.- Objetos: Son la cosa y el precio.

a) La cosa:

La cosa que se vende que en las fuentes se suelen llamar merx no hace falta que sea corporal: se pueden vender también derechos (res incorporales) Todas las in commercium. Incluso, para proteger al comprador de buena fe; se da en su favor la acción naciente del contrato, aunque la cosa que se le vendió resultase ser extra commercium; v gr., hombre libre que le fue vendido como un esclavo, un locus religiosus, etc. algún texto no sólo afirma la posibilidad de utilizar la acción del contrato, en tales casos, sino que llega a proclamar expresamente la existencia del contrato.

En cambio, sobre algunas cosas, no obstante ser cosas in commercium, recae una especial prohibición de la ley, la cual impide que pueden venderse. Tales, por ejemplo, los fundos de una provincia al gobernador de ella, los venenos, los bona adventicia de un filiussfamilias. Las cosas de los pupilos a sus propios tutores, etc.

Como la compraventa es un acto translaticio de dominio, nada impide que puedan ser objeto de la misma, cosas que no son de propiedad del vendedor. El comprador tendrá su derecho de crédito contra el vendedor. Por la misma razón pueden ser vendidas cosas aún inexistentes, como los frutos o cosecha futura de un fundo.

En estas ventas de cosas futuras, las fuentes distinguen la:

i) **emptio rei speratae:**. Como su denominación indica, e objeto de la venta son cosas que se espera que existan y sólo si realmente las cosas llegan a existir habrá efectiva venta hasta tanto el contrato es condicional Tal seria la compraventa en que uno se compromete a adquirir las crías que tenga una vaca del vendedor.

ii) **emptio spei** el objeto de la venta es la esperanza misma, no las cosas, sino la esperanza, el alea de que lleguen a existir, y por tanto habrá compraventa (contrato puro y simple) y el comprador deberá el precio aunque la esperanza resulte fallida y no se obtengan las cosas esperadas. Como

ejemplo aducen las fuentes cuando el comprador se compromete a abonar un precio por lo que se obtenga por los pescadores en una redada. Sea ello poco, mucho o nada, el precio convenido tendrá que ser pagado.

b) El precio: Debe reunir en el Derecho justinianeo las siguientes condiciones ser certum, en dinero, determinado o determinable y justo. El segundo de estos requisitos no se admitido unánimemente. El tercero fue introducido por Justiniano al conceder la rescisión de la venta por lesión enorme.

Que el precio sea cierto, significa que debe ser **efectivo** no simulado. Si se conviene que no será exigido, la venta es nula.

Determinado o determinable: Al exigir que sea cierto se quiere significar que sea conocido, bien porque se le determine expresamente, fijándole en una cantidad, bien porque sea fácilmente determinable con arreglo a bases que se señalan, como la tasación por un perito de la suma en que la cosa fue adquirida por el actual vendedor, etc.

El precio ha de consistir en dinero (in pecunia numerata). Los Sabinianos, lo negaban admitiendo como precio cualquier cosa. Los Proculeyanos en cambio, exigían que fuese en dinero, arguyendo que de lo contrario se confundiría compraventa con permuta.[174]

Se afirma, en el Derecho justinianeo[175], que el precio debe ser justo, por que si no llega a la mitad del valor de la cosa, puede solicitarse la recisión del contrato por lesión enorme.

Obligaciones del comprador

No hay que olvidar que, como la compraventa es un contrato de buena fe, las obligaciones que de él derivan no pueden señalarse en todo su alcance de un modo rigurosamente exacto que valga uniformemente para todos los casos. Las obligaciones de los contratantes llegan a lo que la interpretatio del "oportere ex fide bona", indique en cada negocio concreto. Comprador y vendedor se deben mutuamente todo lo que impone la corrección y lealtad en los contratos (bona fides).

La principal obligación del comprador es pagar el precio, transfiriendo al vendedor la propiedad de las monedas en que dicho precio consista. El pago se hará en el término fijado si es que se ha señalado; en otro caso inmediatamente de celebrado el contrato. Mientras no lo haga no podrá exigir que se le entregue la cosa.

Debe también indemnizar al vendedor de los gastos que le hayan irrogado la conservación de la cosa, cuando el motivo de no haberla entregado antes sea debido al comprador.

Un problema interesante es el del riesgo en la compraventa. La cuestión consiste en determinar si el comprador tiene o no que pagar el precio en el caso de que la cosa perezca antes de que se haga la tradición al comprador, es decir, cuando aún está en poder del vendedor.

---

[174] Nuestro C.C. dispone que cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario.

[175] Concretamente desde Diocleciano.

El derecho clásico estableció que el riesgo es del comprador. Es decir, cuando la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, como un terremoto, un incendio, saqueo por en enemigo, robo, etc. , el comprador debe pagar el precio aunque no reciba la cosa y si ya lo ha pagado, no podrá pedir devolución.

El momento del traspaso del riesgo al comprador es el de la perfección del contrato, por tanto, tratándose de una venta condicional, el momento relevante será el del cumplimiento de la condición.

Este riesgo del comprador tiene su contrapartida en la obligación de custodia del vendedor, lo cual implica que éste responde de la pérdida de la cosa en todos aquellos casos en que no exista caso fortuito o fuerza mayor. El caso más notable es el del hurto y no se exonera de responsabilidad, ni aún demostrando que empleó la diligencia debida.

De la existencia de esta regla, que podía ser eliminada por la voluntad concordé de las partes se dan diversas explicaciones; una de tipo histórico, como la que la considera reminiscencia de lo que sucedía en la doble estipulación que precedió a la aparición del contrato consensual de compraventa, donde la obligación de dar la cosa y la de dar el precio eran absolutamente independientes como las stipulationes de que provenían; otras de carácter doctrinal, basadas, ya en las características económicas de la compraventa, trueque de un valor oscilante, el de la cosa, por otro de una cierta estabilidad, el precio; ya en la consideración de que aquella desventaja del comprador está compensada con la posibilidad de aumento de valor de la cosa, o también se ha dicho que se aplicó dicha regla como compensación por la responsabilidad por custodia del vendedor.

Obligaciones del Vendedor

a) La de conservar la cosa vendida hasta el momento de su entrega al comprador b) Hacer dicha entrega;

c) Responder al comprador por vicios jurídicos de la cosa: la evicción;
d) responderle asimismo de los defectos ocultos que tenga la cosa vendida: vicios redihibitorios.

a) La Obligación de guardar la merx es una consecuencia del deber de entregarla. **En ella como en las demás que nacen del contrato, la responsabilidad del vendedor alcanza, no solamente al dolo y culpa lata, sino a la culpa leve en abstracto, salvo lo que expresamente acuerden las partes. En el derecho clásico responde además por custodia. Ya acabamos de decir que la pérdida de la cosa, acaecida sin culpa del vendedor, no sólo le exime de responsabilidad, sino que el perjuicio que supone tal pérdida la sufre el comprador.**

c) **El vendedor debe hacer entrega de la cosa al comprador**. Esta obligación como hemos dicho no tiene otro alcance que el de proporciona al comprador la pacífica posesión de la cosa. El que vende no se compromete a hacer dueño de la cosa al que compra. Sin embargo, la compraventa va enderezada a la transmisión de la propiedad de la cosa. Si se trata de una res mancipi, pasará la propiedad si el vendedor es propietario y además realiza la mancipatio o la in iure cessio; en cambio,

si se trata de una res nec mancipi, bastará la tradición, efectuada por el propietario de la cosa.[176]

No obstante, si el vendedor no es el verdadero dueño de la cosa, no responde más que en caso de evicción, es decir, en el caso de que el verdadero dueño en un proceso reivindicatorio venza al comprador y lo prive de la posesión de la cosa y, ello siempre y cuando el comprador hubiere dado noticia al vendedor, para que lo defendiera en el juicio reinvindicatorio. Hasta que la evicción no se dé no podrá el comprador reclamar del vendedor, aunque éste le haya vendido una cosa ajena. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que el vendedor no está obligado a transmitir la propiedad de la cosa vendida, sino sólo a garantizar su posesión pacífica y tranquila.

c) **Responsabilidad por vicios jurídicos:** Se dice que hay evicción cuando el comprador es vencido en un proceso en el que un tercero ejercita la acción reivindicatoria, demostrando ser el propietario de la cosa que a aquél le vendieron o bien cuando dicho tercero, ejercitando la acción correspondiente, es declarado titular de cierto derechos reales sobre la cosa comprada.

Primitivamente, el comprador así defraudado no tenía medio de dirigirse contra el vendedor más que en el caso de que, tratándose de una res mancipi, hubiese llevado a cabo la mancipatio que de esta nacía. Como ya sabemos, la actio auctoritatis en virtud de la cual el comprador podía exigir al vendedor el doble del precio pagado.[177] Fuera de este caso, ninguna acción cabía contra el vendedor, el cual, confiriendo la posesión de la cosa al comprador, había cumplido su obligación.

En relación de esta injusta situación se utilizaron por los prácticos varias medidas precautorias; como la satisdatio o repromissio secundum mancipium, por la que el vendedor, aportando fiadores, se comprometía a responder como si hubiera habido mancipatio; o la de celebrar un contrato verbal en el que el vendedor prometia al comprador una cantidad doble del precio (stipulatio duplae), o simplemente equivalente, al perjuicio sufrido por el comprador (stipulatio habere licere), para el caso de verse privado de la cosa por evicción.

La jurisprudencia de la época de Trajano dio un avance más en esta vía de protección al comprador, al transformar la stipulatio aludida en obligatoria, porque admita que éste podía valerse de la misma acción que nacía del contrato consensual (actio empti) para forzar al vendedor a celebrar la estipulación la cual.

La reclamación del comprador defraudado seguía, sin embargo, basándose en un negocio jurídico al margen del contrato de compraventa. Un paso más en la evolución, y esta características desapareció. Se admitió que, aunque no hubiera estipulación, el comprador que sufriese la evictio pudiera hacer la reclamación al vendedor valiéndose de la misma actio empti naciente del contrato consensual de compraventa. La obligación de evictionem praestare quedó así incorporada, como una exigencia del portere ex fide bona, al contrato mismo.

---

[176] Recordar que la tradición de las nec mancipi también podía hacerse por in iure cessio.

[177] Requisito previo para el ejercicio de esta acción era que el comprador hubiera notificado al vendedor la existencia del litigio para que éste, concurriera a defenderlo en el proceso. Sólo si era vencido, estaba legitimado el comprador para ejercitar la actio personal auctoritas.

Con ello no se eliminaron aquellas otras modalidades que habían servido de antecedentes. En el periodo clásico resultaba, por tanto que en caso de evicción, podían darse las tres hipótesis, 1°- comprador y vendedor habían celebrado la mancipatio, en cuyo caso aquel tenía a su disposición la actio auctoritas. 2°- Si ambos contratantes celebraron, aparte de la compraventa una stipulatio, el comprador podrá utilizar la acción que nace de este contrato verbal (actio ex stipulatu), 3°- Si no hubo mancipatio ni estipulación, entonces la reclamación se hacia por la actio empti, basada en el contrato consensual mismo.

En el Derecho justinianeo, la primera hipótesis queda descartada, por que la mancipatio ya no existe, subsistiendo las otras dos. Sin embargo, la stipulatio no tenía ya objeto, puesto que su finalidad se lograba con la actio empti nacida del contrato de compraventa, por ende cayó en desuso.

No habiendo stipulatio, la reclamación del comprador se dirigía a obtener el resarcimiento de perjuicios.

Para que la reclamación del comprador pueda prosperar es preciso que al verse demandado, notifique al vendedor, con objeto de que la condena no pueda atribuirse a lo defectuoso de la defensa. Se admitió, además un caso en el cual no era necesaria la evicción y pérdida del pleito para que la reclamación pudiera formularse contra el vendedor valiéndose de la actio empti: cuando éste hubiese hecho la venta a sabiendas de que la cosa era ajena y sin conocerlo en comprador. Es el punto culminante al que el Derecho romano llegó en este proceso histórico, tendiente a eliminar los peligros derivados de la concepción de que la compraventa no supone la obligación de traspasar el dominio de la cosa que se vende.

d) otra de las obligaciones del vendedor es la de responder al comprador de los vicios ocultos que tenga la cosa vendida. Siguió también en el Derecho Romano una evolución análoga a la anterior.

i) **En la mancipatio:** Se hacia responder al vendedor por las cualidades que él atribuyera a la cosa. Así, si en la venta de un predio se atribuía a éste una extensión determinada y, luego, la cabida resultaba ser menor, el vendedor tenia que pagar el doble del valor de la diferencia. Al comprador se le concedía al efecto la actio de modo agri. Pero, en general, tenia que responder de las cualidades que había afirmado tener la cosa, cuando no eran ciertas. Además, debía responder por los vicios de la cosa, que maliciosamente hubiere ocultado al comprador.

ii) El edicto de los ediles curules, encargados de la policía de los mercados y de la iurisdictio aneja a esta función, introdujo dos acciones: la actio redhibitoria, por la cual el comprador de un esclavo que tuviese defectos oculto al momento de celebrar el contrato, disponía de esta acción para dejarlo sin efecto y la actio quanti minoris, llamada también estimatoria, por la que, en igual caso y tratándose de la compraventa de un animal, se podía pedir la disminución proporcional del precio. Andando el tiempo, ambas acciones se generalizaron, concediéndose para toda clase de ventas. Sus dos direcciones inspiradoras de la rescisión del contrato o disminución del precio han pasado a todas las legislaciones modernas.

iii) Al lado de los recursos apuntados concedidos por los edictos, y para los casos en que apareciera, que los defectos eran conocidos de antemano por el vendedor, se consideró la acción del contrato (actio empti), aunque no hubiera mediado estipulación, para reclamar contra el vendedor por los perjuicios causados, considerándolo como transgresor de la bona fide que preside todas las incidencias de este contrato. Con lo que resulto que el comprador tuvo a su disposición los siguientes medios: 1° la actio ex stipulatu, si ha habido estipulación; 2° la acción del contrato (actio empti), cuando conste que los defectos ocultos eran conocidos del vendedor; 3° una acción de recisión de la compraventa actio redhibitoria, utilizable independientemente de que el vendedor conociese o no los defectos, por la cual quedaba resuelto el contrato, y 4°, una acción para obtener la reducción del precio (actio quanti minoris).

Acciones y cláusulas adicionales más frecuentes

Aparte las apuntadas, del contrato de compraventa nacen dos acciones; la actio venditi, a favor del vendedor, y la actio empti a favor del comprador. Ambos son de buena fe y, por tanto confieren al juez la posibilidad de tomar en consideración matices que no hayan sido objeto de expresa declaración de las partes.

La forma libre, exenta de toda formalidad, permitía, en la compraventa, muchas declaraciones o convenciones adicionales, las cuales eran exigibles judicialmente utilizando esas dos acciones principales del contrato que acabamos de mencionar. Las más frecuentes eran las siguientes:

a) lex commissoria. Es un convenio que, en las compraventas a plazo, hace que se resuelva el contrato, volviendo la cosa al vendedor si el precio no es abonado dentro de un término que se fija.

c) In diem addictio. Las partes acuerdan que la compraventa se disolverá en caso de que con posterioridad a la celebración del contrato se le presente al vendedor y éste la acepte una oferta mejor. La cláusula surgió a imitación de lo que sucedía en las ventas en subasta, realizadas por el fisco, en las que éste esperaba unos días la posible aparición de un mejor postor.

d**) Pactum displicentiae**: convenio de que la venta sea a prueba, de modo que si la cosa no satisface al comprador, dentro de un término el contrato se tiene por no celebrado

d) Pactos en los que se conviene dar o prohibir un cierto destino a la cosa; verbigracia, que el esclavo será manumitido (ut manumitia tur), que la cosa no será enejenada (pactum de non alienado), etc.

e)

LOCATIO CONDUCTIO O CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

La locatio condictio es un contrato que presenta tipos distintos:

a) **Locatio conductio rei o arrendamiento de cosa:** Contrato por el que una persona (locator) se obliga a ceder el uso o el uso y disfrute temporal de una cosa, a otra (conductor) a cambio de un precio cierto (llamado canon o merced).
b) **Locatio conductio operarum o arrendamiento de servicios**: Contrato por el cual una persona (locator) se obliga a una determinada actividad a favor de otra (conductor) a cambio de una cierta remuneración.
c) **Locatio conductio operis o arrendamiento de obra, o contrato de empresa.** Contrato por el que una persona (conductor) se obliga a realizar una obra para otra (locator) a cambio de un precio, que debe pagar ésta última.

La cosa objeto contrato puede ser de cualquier clase, con tal de que no sea consumible. El precio, llamado en las fuentes o merces, debe ser verdadero y cierto, y, de ordinario, consiste en dinero. Una excepción a este regla lo constituyen los casos de colonia.

Concepto

La locatio conductio es un contrato consensual, bilateral perfecto y de buena fe, en virtud del cual una persona se obliga a ceder a otra el uso de una cosa, o a prestar un servicio o a realizar una obra, a cambio del canon o merced convenido.

Sobre cual fuese el precedente de este contrato consensual cuestión, claro es, ligada a la de los orígenes de los bonae fidei iudecia no hay una opinión unánime. Mommsen lo veía en los arrendamientos administrativos de cosas y obras públicas; otros entienden que, antes que consensual, el arrendamiento fue un contrato real; pero parece la hipótesis más aceptable la de que los fines del contrato consensual se encajaron antes en la forma solemne de la doble stipulatio.

Características

1.- Es un contrato consensual: Ya que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
2.- Es un contrato bilateral perfecto: Ya que surgen obligaciones para ambas partes.
3.- Es un contrato de buena fe: Ya que está protegido por acciones que contienen cláusula ex fide bona.

Elementos

1.- Sujetos: Arrendador persona que se obliga a ceder el uso o el uso y el disfrute temporal de una cosa; o a realizar un determinado servicio; o a realizar una obra. Arrendatario: es la persona que se obliga a pagar el canon o merced.[178]

---

[178] En Roma la locatio-conductio contemplaba una serie de situaciones económicas, que se reducían a una unidad jurídica gracias a las formulas de la actio locati y actio conductii. El denominador común esta constituido por los términos locare y conducere. Locare tanto quiere decir colocar como poner algo a

2.- **Objeto:** Son la cosa y el precio. Su estudio hace necesario distinguir entre:

a) **Arrendamiento de cosa o locatio conductio rei:** Lo que se cede es el uso o el uso y disfrute de la cosa. La cosa puede ser mueble (inconsumible y no fungible) o inmueble.
b) **Arrendamiento de servicios o locatio conductio operarum:** Lo decisivo es la propia actividad, el trabajo, y no el resultado de esa actividad.
c) **Arrendamiento de obra o locatio conductio operis:** Lo decisivo es la realización de una obra, lo que cuenta no es el trabajo desarrollado sino que el resultado de ese trabajo.

El precio: Será normalmente en dinero. Sin embargo, en los arrendamientos de predios rústicos era posible pagar el importe del canon con frutos que producía el fundo.

Obligaciones de arrendador y arrendatario en el arrendamiento de cosa o locatio conductio rei: El arrendador, locator está obligado a entregar al conductor la cosa, o a ponerla a su disposición, para que pueda usarla disfrutarla con arreglo a lo pactado. Tal entrega no confiere al arrendatario sino la simple tenencia o possessio naturalis de la cosa, el conductor no es ni siquiera un poseedor ad interdicta. El arrendamiento es un contrato que dura un cierto tiempo. Para los arrendamientos rústicos, se solía pactar un plazo de cinco años. Ahora bien, pasado ese tiempo sin que ninguna de las partes denunciara el arrendamiento se entendía prorrogado tácitamente. (tácita reconductio)

Si la cosa no sirve para el uso convenido, por defectos que no han sido advertidos previamente al arrendatario, el arrendador está obligado a indemnizarle por los daños y perjuicios sufridos, pidiendo el conductor rescindir el contrato.

Deberá sufragar el arrendador todos los gastos necesarios de conservación de la cosa y abstenerse de hacer en ellas obras o modificaciones que impidan la utilización de la misma por el conductor.

El locator o arrendador, principio opuesto al que hemos señalado para la compraventa soporta el riesgo (periculm) de la pérdida de la cosa es decir que si ésta parece por caso fortuito, no recibirá el precio del arriendo, la merma patrimonial es para el arrendador, periculum est locatoris.

El conductor que en los arrendamientos de predios rústicos es llamado también colonus, y en los urbanos, inquilinus debe pagar la merces en la forma convenida, utilizar la cosa para la finalidad acordada, sin producir otros deterioros que aquellos que deriven necesariamente, del uso de la cosa y devolver al locator la cosa arrendada terminado el tiempo.

---

disposición de otra persona. Conducere, significa llevar. No deja de llamar la atención que en la locatio conductio rei y locatio conductio operarum, el locator es quien percibe el canon; en cambio, en la locatio conducti operis, locator es quien paga el canon.

Obligaciones de arrendador y arrendatario en el arrendamiento de servicios o locatio conductio operarum

La obligación principal del locator es la de realizar cuidadosamente el trabajo para el que fue contratado. El conductor debe pagar la merces convenida, aunque no hiciese uso de los servicios convenidos con el locator.

Este contrato no tuvo mucha importancia debido a varias causas las principales la existencia de la esclavitud y la repugnancia del hombre libre al trabajo manual.

Objeto de la locatio conductio operarum no podía ser toda clase de servicios, sino solamente los propios de trabajos manuales y algunos otros socialmente considerados como operae locari solitae, como los abogados, las nodrizas, los agrimensores, los médico profesores o preceptores. La prestación de algunos de estos servicios se encajaba en la figura de otros contratos (mandato, sociedad), la recompensa era dejaba a hábitos sociales no revestidos de obligatoriedad jurídicas. Sin embargo andando el tiempo, tales recompensas (honorarios), se pudieron reclamar ente los magistrados, no por una actio civil, sino por extraordinariam cognitionem).

Como regla general, los servicios deben prestarse por el contratante mismo.

El contrato se extingue, por la realización del trabajo y por la muerte del locator.

Obligaciones de arrendador y arrendatario en el arrendamiento de obra o locatio conductio operis

La obligacion fundamental del conductor es la de realizar la obra convenida, sin que pueda exonerarse de esta obligacion más que por fuerza mayor. Normalmente el conductor, no esta obligado a realizar la obra por si mismo, salvo que se le hubiese contratado en atencion a sus cualidades personales; puede por tanto, servirse de terceras personas, pero responde tambien de las impericias de ellas.

El locator esta obligado a pagar el precio convenido por lo obra.

Objeto del arriendo no es aquí el trabajo en sí, sino su resultado. Por eso aparecía en muchos casos tan borrosa su distinción con la compraventa. Si se contrata, v gr. La contrucción de un mueble, de una joya o de una casa mediante un precio tal contrato ¿será compraventa, o una locatio conductio operis?. La jurisprudencia estimó que se trataba de arrendamiento cuando el que encargaba la obra ponía también los materiales, en caso contrario era compraventa.

El contrato de transporte era considerado como una locatio operis (jaciendi) entre el capitán del barco y los dueños de las cosas transportadas.

CONTRATO DE SOCIEDAD

Es un contrato consensual bilateral perfecto (plurilateral), y de buena fe, en el que varias personas se obligan a aportar bienes o trabajo para la obtención de un fin lícito, de interés para todos los contratantes.

Características

1.- Es un contrato consensual: Ya que se perfecciona por el mero consentimiento. Esto es por el acuerdo de los socios de realizar aportaciones recíprocas. La sociedad no actúa como persona jurídica frente a terceros: de ahí que no existan créditos ni deudas a favor o en contra de la sociedad, sino sólo a favor o en contra de los socios.

La consensualidad de la sociedad es diversa de la de los contratos de compraventa y arrendamiento, ya que el consentimiento no sólo es inicial, sino que tiende a establecer un vínculo duradero de confianza entre los socios, esto es la affectio societatis.

2.- La sociedad es un contrato plurilateral: Aun cuando suele caracterizársele como un contrato bilateral perfecto, incluso en las fuentes[179] la bilateralidad de la sociedad ofrece rasgos muy peculiares: por un lado, las obligaciones de los socios suelen ser homogéneas (aunque no tenga que ser siempre así) en tanto que en la compraventa y el arrendamiento, las obligaciones de las partes son necesariamente heterogéneas; por otro lado, las partes, los socios, no persiguen intereses contrapuestos, sino que tienden a una finalidad común.

3.- Es un contrato de buena fe: ya que la actio pro socio es una acción que contiene la clausula ex fide bona, que concede un gran margen al arbitrio del juez.

Elementos

1.- Sujetos: Los socios.

2.- Objeto: Los aportes. No sólo pueden ser en dinero, sino que puede tratarse de cosas de distinta naturaleza rentas, servicios, bienes muebles, inmuebles etc. La importancia económica del aporte puede ser desigual, lo único que importa es que no puedan faltar, so pena de transformar la relación en una donación Debe tener además un fin lícito y común. La licitud impide que una cuadrilla de bandidos constituya un contrato de sociedad y el interés común del fin perseguido, impide que haya sociedad si el contrato no ofreciese interés para una de las partes contratantes por haberse acordado que contribuyendo a las cargas, no tendría participación alguna en los beneficios (societas leonina, llamada así por alusión a la formada por el león y el asno en una fábula de Esopo).

Obligaciones y acciones

Para fijar las obligaciones de los socios hay que tener en cuenta el tipo de sociedad de que se trata:

1) **Sociedad universal de todos los bienes o** societas omnium bonorum: los socios están obligados en poner en comun todo su patrimonio.

Esta parece haber sido la más tenida en cuenta por los jurisconsultos clásicos y el pretor: ella inspira y explica algunos caracteres y reglas del contrato romano de sociedad.

2) **Sociedad de bienes o societates rereum:** si se aportan bienes determinados.

[179] D. 50,16,19.

Societas unius rei: que tiene por objeto, la realización de una actividad lícita determinada, por ejemplo la venta de esclavos.

Todo socio está obligado a efectuar la aportación a la cual se haya comprometido. Cuando consiste en cosas, se utilizará el modo adecuado de traspaso de dominio (mancipatio, in iure cessio, traditio

En toda sociedad hay que distinguir la gestión de la representación. Cada uno de los socios tiene la facultad de gestión ya sea por haber recibido mandato de los demás, o aun sin mandato, siempre que realice una gestión útil., reintegrando a la caja social todo lo adquirido, debiendo ser resarcido de los gastos necesarios. Responde de su gestión por dolo. No hay en la sociedad romana representación del socio frente a terceros; al no haber representación directa los efectos del negocio recaen sobre su persona y sólo mediante un acto posterior puede transferirlo a los demás socios.

Las aportaciones de los socios pueden ser homogéneas, pero también se admite que mientras uno de los socios aporta capital, el otro aporte trabajo. A este socio se le denomina socio industrial. Las ganancias suelen ser proporcionales a las aportaciones de cada uno, pero si nada se dice en el contrato se presume que son iguales. Nada obsta, por ende, que los socios pacten que a menor aportación mayor será la ganancia. Lo que si se prohibe es que uno de los socios participe sólo en las ganancias y otro, en cambio, sólo en la pérdidas (sociedad leonina).

La acción que nace del contrato es la actio pro-socio de buena fe. En el derecho clásico, la actio pro socio no sirve para reclamar aportaciones de los socios, sino que su ejercicio supone una ruptura de la confianza y lleva consigo la liquidación de la sociedad. La responsabilidad del socio es únicamente por dolo.

EXTINCIÓN

a) Extinción voluntate se extingue cuando así lo requieren todos los socios o alguno de ellos, siempre que en este caso no procedan dolosa e intempestivamente.
b) Por muerte o capitis deminutio de uno de los socios.
c) Cumplimiento del fin lícito que se proponía alcanzar la sociedad
d) Por el ejercicio de la actio pro-socio.
e) Por renuncia de uno de los socios.
f) Cuando perezca el patrimonio social o se convierta en res extra commercium.

MANDATO

Concepto

Es un contrato consensual imperfectamente bilateral, en el que uno de los contratantes, llamado mandatario se obliga a realizar gratuitamente una gestión o encargo por cuenta y riesgo de otra llamada mandante.

Características

1.- Es un contrato consensual: No requiere para su perfección más que el mero consentimiento. Este consentimiento puede ser expreso o tácito

2.- Es un contrato bilateral imperfecto: Ya que de él surgen siempre obligaciones para el mandatario, y sólo eventualmente, a cargo del mandante, como por ejemplo la de pagar los gastos o resarcir los perjuicios en que haya incurrido el mandatario.
3.- Es un contrato de buena fe: Nacido de las relaciones de amistad y confianza. La acción del mandato contiene la cláusula ex fide bona.
4.- El mandato es un contrato esencialmente gratuito: Si se pacta una remuneración el contrato no es de mandato sino que locatio conductio operis.

Elementos

1.- Sujetos: El mandante que es la persona que encarga a otra una gestión o encargo y el mandatario la persona que se compromete a realizar la gestión.

2.- Objeto: La gestión encomendada no puede ser ilícita o inmoral, pues tal mandato seria nulo; ni tampoco puede ofrecer un interés que sea exclusivamente para el mandatario, como por ejemplo, si se le dijese que debe dar a su propio dinero tal inversión con preferencia a otras, por ser aquella más ventajosa, en tal caso se trata en realidad de un consejo. Por ende la gestión debe interesar al mandante o a un tercero o bien interesar conjuntamente al mandante y al mandatario.

En mandato puede versar sobre un asunto concreto mandatum anius rei o especial o sobre la administración general de todo el patrimonio del mandante mandatum bonorum o general.

<u>Obligaciones y acciones</u>

El madatario está obligado a llevar a cabo la gestión encomendada según las instrucciones recibidas o según lo que aconseje la naturaleza del asunto. Rendirá cuenta al mandante y le restituirá los intereses de los capitales colocados y, en general, todas las adquisiciones que sean consecuencia del mandato. Aunque quizás en el Derecho clásico no respondiese de los perjuicios causados sino cuando pudiera apreciarse dolo en su conducta, ya que este contrato beneficia sólo al mandante. Ya en la temprana época postclásica se admite una responsabilidad por culpa. En el Derecho justinianeo, no encontramos así con una de la situaciones en que, no obstante no redundar beneficios para el obligado (mandatario), la responsabilidad de éste llega, sin embargo, a la culpa leve apreciada in abstracto.

El mandante debe resarcir al mandatario de todos los gastos que la ejecución del encargo le haya irrogado y de los daños que como consecuencia directa de la gestión encomendada haya sufrido.

Para la reclamación judicial de las obligaciones apuntadas nacen del contrato dos acciones; la actio mandati directa, del mandante contra el mandatario, y la actio mandati contraria, del mandatario contra el mandante.

<u>Extinción:</u>

Se extingue el mandato: a) por revocación del mandante, aunque esta obligado a reconocer los efectos del mandanto hasta ese momento. b) por renuncia del mandatario fundada en una causa, aunque responde de los perjuicios que pueda causar al mandante, si la renuncia es intempestiva. c) por cumplimiento total del encargo o imposibilidad de realizarlo, y d) por muerte de cualquier de los dos contratantes.

LOS DELITOS ROMANOS

Aspectos generales

Dentro del ámbito de los ilícitos punibles, se distinguen entre delitos públicos o crimina y los delitos privados o delicta.

En términos generales, los delitos en el derecho romano eran actos injustos que causaban daño a otra persona y eran cometidos por un sujeto que infringía la prescripción impuesta por el Estado, vulnerando un bien jurídico protegido, de interés público o privado; por lo cual surgía para la víctima, el derecho de exigir pena punitiva o pecuniaria y para el autor, la obligación de responder por su conducta y por los daños causados con ella.

- Los crimina o delitos públicos, son los ilícitos reprimidos mediante penas corporales o pecuniarias, a favor del erarium o fisco, y que se persiguen a través de un proceso público, generalmente de carácter inquisitivo a cargo de tribunales permanentes y especializados por tipos criminales o extra ordinem. Tales eran, por ejemplo, los atentados contra la seguridad del Estado (perduellio), el parricidio, esto es, dar muerte a un hombre libre; el crimen repetundarum, que eran las exacciones abusivas de los magistrados que regían las provincias.

- Delicta: es el ilícito reprimido mediante una pena pecuniaria, impuesta al delincuente a favor de la víctima y perseguible a través de un proceso que se tramita ante el pretor y el juez privado, en el ejercicio dispositivo de una acción in personal que toma el nombre de actio penal. No cualquier ilicito constituye delito, sino solos aquellos que han sido tipificados.

Los delicta se clasifican en:

- Civiles: las acciones penales que de estos emanaban, son de carácter perpetuo. Son delitos civiles en Roma El furtum o hurto; (la rapiña[180]), la injuria y el delito de daño o damnun iniuria datum.

- Pretorias: las acciones penales que de éstos emanaban, son de carácter temporal, generalmente un año. Son delitos pretorios: El dolo, el metus, y el fraus creditorum o fraude a los acreedores.

Características de los delitos

- Un delito supone que el hechor tenga conocimiento de estar actuando ilícitamente, y la intención de actuar así (dolo).

De esta manera:

- No hay delitos culposos o de responsabilidad objetiva[181].
- No delinquen quienes no tienen capacidad, por ejemplo: dementes e infantes.

[180] Hurto cualificado por la violencia, por tanto, equiparable en alguna medida al moderno delito de robo.
[181] La excepción la constituye el delito de daño, que admite la responsabilidad culposa, y ciertos delitos pretorios penados sobre la base de responsabilidad objetiva.

- No delinque el que produce el resultado delictivo, por accidente, si actuó lícita y diligentemente.
- Quien actúa en legítima defensa.

El dolo va implícito en la conducta ilícita y por ende no es necesario probarlo específicamente. Sin embargo, el puro dolo o sea, la mera intención de cometer un delito sin la conducta idónea para cometerlo, no es sancionable.

- Todo delito supone una injuria (antijuridicidad), así no delinque:
  - Quien actúa en legítima defensa.
  - En estado de necesidad.
  - Quien actúa impulsado por una fuerza irresistible, etc.

- Un delito puede ser cometido por una persona o por varias (se considera que cada uno cometió un delito distinto). Por otro lado, diferentes personas pueden tener diversos grados de participación, se castiga al autor, al cómplice y al encubridor.

- La pena siempre consiste en una cantidad de dinero, y por regla general, ella asciende a un múltiplo (duplo, triple, cuádruplo, etc.) del interés patrimonial afectado.

- La pena tiene por función, castigar al delincuente y no reparar la lesión efectivamente causada o recuperar el valor perdido.

Ello se aprecia nítidamente en el delito de hurto: la acción dirigida a la imposición de la pena; que puede ser del doble, del triple o del cuádruplo del valor de la cosa hurtada, ni impide que además la víctima pueda reclamar dicha cosa con la rei vindicatio, o su valor, con la condictio (furtiva); mientras con la actio furti se consigue el castigo al delincuente; con las anteriores en cambio, se obtiene la reparación del perjuicio sufrido.

Así, por regla general, la pena tiene una finalidad sancionadora y no indemnizatoria, aunque existen algunas excepciones.

- Cuando el delito es cometido por más de una persona, ya como autores, ya como cómplices; cada participante es condenado a la pena integra, sin que el pago por uno extinga la obligación de los demás. La obligación penal no es por tanto divisible ni solidaria sino que acumulativa.

- Las obligaciones y acciones penales son instransmisibles pasivamente. Sin embargo, la actio rei persecutoria, que nace del delito, es pasivamente transmisible. Por su parte, es activamente transmisible a los herederos de la víctima.

- Cuando el delito ha sido cometido por una persona sometida a potestad (hijos o esclavos), ignorándolo su padre o amo, la acción penal es reemplazada por una actio noxalis.

DELITO DE HURTO O FURTUM

Es la sustracción o apoderamiento doloso de una cosa ajena mueble de que otro es su dueño o poseedor, bien civil de buena fe, bien natural con facultad de retenerla, sin la voluntad de éstos, con ánimo de lucro, de su uso y posesión.

Son elementos del delito:

- Sustracción o apoderamiento que se inicia con una contractio rei[182]. Es suficiente que el ladrón aprehenda la cosa y no resulta necesario que posteriormente la mueva.
- Dolo: una conducta antijurídica, consciente y querida, es decir, intencionadamente mala y contraria a la buena fe.
- Cosa mueble ajena: contrario sensu, significa que no pueden ser objeto de furtum los inmuebles. Tambien se castiga como hurto la aprehensión dolosa de esclavos, hijos in potesta, de la mujer in manu, de un deudor adiudicatus y del gladiador libre.
- Animo de lucro: la intención de obtener una ganancia o un provecho.

Clasificación del furtum

- Furtum rei: cuando el fin perseguido era quedarse con la cosa misma, para disponer de ella.
- Furtum usus: era el abuso de una cosa que había sido confiada en depósito o comodato.
- Furtum possessionis: consistía en la sustracción hecha por el propio dueño de la cosa que había sido dada en prenda.

También se clasifica en:

- Furtum manifesti: tiene lugar cuando el ladrón es sorprendido cometiendo el delito o cuando la cosa robada es descubierta en casa del ladrón, como consecuencia de un registro solemne.
- Furtum nec manifesti: no cometido y descubierto en las circunstancias anteriores.

Acciones derivadas del Furtum

- Actiones poenalis.
- Actiones rei persecutorias.

Las acciones penales estaban en general, adaptadas al modo en que se descubría el delito y consistían siempre en un múltiplo de cuanto valió la cosa al momento de cometerse el delito, así:

- Contra el ladrón sorprendido in fraganti, se da una actio furti manifesti de naturaleza in factum, por el cuádruplo del valor de la cosa hurtada.
- Se da una actio furti concepti, por el triple del valor de lo sustraído, contra el que habita una casa donde se encontró la cosa hurtada, aunque no fuera el ladrón, después de haberla buscado ahí en presencia de testigos. El que sufrió esta accion sin ser el ladron dispone de una actio furti oblati de contra el que deja en el domicilio de un tercero la cosa hurtada, a favor del dueño de casa no ladrón, también por el triple del valor de la cosa.

---

[182] Significa tirar violentamente.

Fuera de los casos anteriores, y de otros, la acción penal general, es actio furti nec manifesti por el duplo.

Por otro lado, están legitimados pasivamente, para la actio furti manifesti, el o los autores del delito, no sus cómplices y los instigadores[183]. Ahora, están legitimados para la atio furti nec manifesti y para las demás acciones furtivas los autores, cómplices y los instigadores. Con esta misma acción se persigue a los cómplices e instigadores de un furtum manifesti.

La legitimación activa para todas las acciones furtivas, corresponden a aquel a quien interesó que la cosa no hubiere sido hurtada, por ejemplo, al dueño, al poseedor de buena fe, a los que pueden sufrir furtum possessionis, a los que responden por custodia, etc.

- Son actio rei persecutorias del hurto, la reivindicatio y la condictio furtiva: ambas tienen como legitimado activo exclusivo al dueño y en principio son acumulables entre sí.

EL DELITO DE INJURIA

Comprende toda lesión corporal (golpes, heridas) o moral (insultos, manifestaciones ofensivas del honor) causadas por una persona a otra.

La injuria podía ser verbal o de hecho, leve o atroz, directa o indirecta.

La ley Decemviral, legisló acerca de algunos casos de injuria: señalando a veces una composición económica y estableciendo otras veces la ley de Talión.

La labor reformadora del pretor, ayudada por la jurisprudencia, actuó en dos sentidos: ensanchando el concepto de injuria a todos los actos antes definidos y, sometiéndolos todos a una pena pecuniaria no fijada de antemano en su cuantia.

La accion de injuria es infamante y penal, intransmisible, activa y pasivamente.

DELITO DE DAÑO o DAMNUM INIURIA DATUM

En términos generales, el delito de daño se define como aquel perjuicio patrimonial (destrucción o deterioro de una cosa ajena) que se le ocasiona a una persona en forma dolosa o culpable.

Fue reglamentado por vez primera en la ley de las XII Tablas. Esta tipificaba tan solo daños particulares[184]. Posteriormente se reglamentó de una manera más general en la Lex Aquilia de Daño.

---

[183] La razón es que estos últimos tendrían que actuar antes de la contractio rei del autor; pero antes de haber contectatio rei no puede haber delito ni por ende descubrimiento del hecho de ser cómplice o instigador. Gayo pone el siguiente ejemplo: alguien ha hecho caer tus monedas a fin de que otro las arrebate; o te obstruye el camino para distraerte, mientras otro coge la cosa.

[184] Por ejemplo ciertos daños a la cosechas, los causados por animales domésticos, el desvío de las aguas lluvias en perjuicio de los terrenos vecinos, etc.

La lex Aquilia

La lex Aquilia es una disposición que tiene su origen en un plebiscito. Aunque no existe consenso acerca de su fecha exacta, se admite que pertenece a la primera mitad del siglo III a.C.[185]

La citada Ley, reguló el delito de daño con injuria - damnum iniuria datum -– La palabra injuria significa sin derecho o contra el derecho; pero la jurisprudencia la entendió alusiva a la posición subjetiva o psicológica del autor del daño a con respecto a éste, de modo de comprender el conocimiento de cuanto hace el delincuente y el querer hacerlo, es decir, el dolo; pero además la negligencia o falta de cuidado, o sea la culpa. De esta manera el damnum se convirtió en el prototipo de los delitos culposos, frente a los puramente dolosos.[186]

Estructuralmente la lex Aquilia, se encuentra dividida en tres capítulos:

1. En el primero se dispone que el que hubiere matado con injuría al esclavo o a la esclava ajena, a un cuadrúpedo, a una res; sea condenado a dar al dueño tanto bronce cuando fue el mayor valor de aquello en aquel año.
2. En el segundo capítulo, está establecida una acción en contra del coestipulante que hizo reconocimiento de pago en fraude del estipulante, para que lo indemnice en el importe del perjuicio.
3. Por último, en el tercer capítulo, establece la misma Ley Aquilia: "en cuanto a las demás cosas, excepto el hombre y la res que hayan sido muertos, si alguien hiciera daño a otro porque hubiere quemado, quebrado o roto con injuria, sea condenado a dar al dueño tanto bronce cuanto valiere aquella cosa en los 30 días próximos.

   Ejemplo: Si alguien espantaba un rebaño y como consecuencia de ello caíen a un precipicio.

   Ejemplo: Si alguien dejaba morir a otro, a un esclavo a un ganado ajeno (acto de omisión).

[185] Posiblemente del año 286 a.c.
[186] Ejemplo : el que quema rastrojos en día de viento, si por esta causa el fuego se extiende a la plantación vecina o si un me¿édico opera con impericia a un esclavo, compete al amo la acción de la ley Aquilia o la de arrendamiento.

MODO DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES

En el Derecho Romano, la situación de estar obligado era excepcional. Ella derivaba de la circunstancia de que una persona fuese deudora de otra porque así lo habían convenido de común acuerdo o bien porque debía reparar un daño causado. Según Gayo, estas eran las causas que engendraban una obligación, es decir, constituían las Fuentes de las Obligaciones que " son hechos jurídicos en virtud de los cuales dos personas se encuentran en situación de CREDITOR. (acreedor) y DEBITOR (deudor), una de otra.

Pero como dijimos esta situación era excepcional, y de ahí que el hecho de que una persona se encuentre obligada esté destinada a desaparecer. Las relaciones de obligaciones nacen precisamente para ser extinguidas por el cumplimiento, y justamente es este cumplimiento el que las extingue. Cumplida la obligación, el vínculo entre acreedor y deudor, se rompe; ha habido SOLUTIO o pago y la obligación se extingue. El pago consiste ene el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación cualquiera sea la índole de dicha presentación. Esta es la manera natural de extinguir una obligación, y es así como ha llegado hasta nosotros, al establecerse en el artículo 1568 del Código Civil que "**el pago efectivo es la prestación de lo que se debe", o sea, realizar precisamente lo que constituye el objeto de la obligación.**

Entonces, podemos definir **los Modos de Extinguir las obligaciones** como los "hechos jurídicos a los que la ley atribuye la virtud de hacer desaparecer el vínculo que liga a acreedor y deudor.

Origen

En el Derecho Romano Arcaico, la primera regulación legal acerca de los contratos, la encontramos en la ley de las XII Tablas, las que " conocían una modalidad despiadada de contrato obligatorio, en el cual el mutuario al recibir el dinero, que se pesaba ante testigos, pasaba literalmente a poder del acreedor. Este negocio era el NEXUM, que por medio de una DOMMATIO, comprometía al deudor el cumplimiento de la obligación, de modo que si no se cumplía con la prestación caía en esclavitud por deudas, sin que fuera necesaria una condena judicial. Pero en la ley decemuvial " aparece ya una mera promesa de deuda, una SPONSIO, que se perfecciona por el juego de pregunta y respuesta y cuyo cumplimiento podía ser exigido en el procedimiento simplificado de la acción de la ley por designación de juez o árbitro.

Junto a estas fuentes obligacionales del Derecho Arcaíco, tambíen encontramos a todos los modos de extinguirlas, impregnadas del matiz formalista, característico de todas las instituciones jurídicas de la época, e inspiradas en el principio del CONTRATARIUS ACTUS, según el cual a la solemnidad que se exigía para darle vida a la relación obligatoria, debía corresponder exactamente otro acto también formal para extinguirla, desligándose el deudor o como la expresa Ulpiano: cualquiera que sean los modos con que nos obligamos, nos libramos por los mismos actos contrarios. Así en el caso de NEXUM, éste se extinguía mediante una SOLUTIO PER AES ET LIBRAM, que consistía en un forma solemne de extinción en que comparecían al acreedor y el deudor, y además el LIBREPENS y cinco testigos, y el deudor se dirigía al acreedor diciendo: Puesto que he sido condenado respecto de ti a pagar tantos sextercios, yo me libro por este bronce y pago a ti esta libra primera y última según la ley pública. Y en seguida golpeaba la balanza con un trozo de cobre que entregaba al acreedor como para efectuar el pago.

Con respecto al SPONSIO, la extinción de la obligación, se realizaba mediante la ACCEPTILATIO; que era un modo de extinguir obligaciones mediante un pregunta y una respuesta formales. Preguntaba el deudor: lo que yo te prometí ¿lo has recibido?, a lo que el acreedor contestaba: lo tengo recibido.

CLASIFICACIÓN

Los modos de extinguir las obligaciones pueden casificarse de la siguiente forma.

a) Modos sustanciales y modos meramente formales. Los primeros consisten en la efectiva actuación de aquella conducta del deudor que constituía la pretensión del acreedor, o en una satisfacción equivalente. Por ejemplo el pago y la compensación. Los del segundo grupo paralizan o destruyen la obligación sin atender a si el acreedor ha sido pagado realmente, prescripción liberatoria.

b) Modos voluntarios y no voluntarios: los primeros son debidos a acuerdo de las partes o a la voluntad de una de ellas pacto de NON PETENDO, los segundos no dependen de la voluntad de los interesados la muerte, la imposibilidad en el cumplimiento sin responsabilidad del obligado, etc..

c) Modos de extinguir IPSO IURE Y OPE EXPECTIONIS: ésta es la clasificación más importante. Su origen histórico radica en la oposición entre el IUS CIVILE y el DERECHO HONORARIO. Los modos de extinción ipso iure, hacen desaparecer la obligación total y definitivamente respecto de todos los obligados si son varios, mientras que los modos ope exceptionis, facultan para impugnarla.

La distinción entre unos u otros tiene especial significado en la época clásica ya que nos permite apreciar la libertad con que actuaba el pretor, dentro del marco de sus atribuciones, para ir creando nuevos medios procesales que diesen solución a los conflictos que surgían en el tráfico jurídico diario, y que el rígido Derecho Civil muchas veces no era capaz de resolver.

Las causas de extinción IPSO IURE pueden ser invocadas en cualquier fase del juicio, en tanto que los modos OPE EXCEPCIONIS han de ser insertados en la formula y por consiguiente, propuestas en la fase IN IURE.

El derecho del acreedor se podía extinguir definitivamente IPSO IURE, de tal suerte que después no era posible una nueva reclamación del mismo por vía judicial, o el deudor adquiría la facultad de oponerse permanentemente por vía de excepción en virtud de la cual podía repeler la acción del acreedor en sí aún subsistente liberación OPE EXCEPCIÓN.

Como decíamos, los modos de extinción IPSO IURE hacen desaparecer la obligación totalmente, definitivamente y respecto a todos los obligados si son varios, mientras que los modos OPE EXCEPTIONIS facultan simplemente para impugnarla. Facultad a la que se puede renunciar, que es también susceptible de contrarrestarse con una REPLICATIO, y que tiene muchas veces una posibilidad de alegación limitada a un cierto plazo.

El modo OPE EXCEPTIONIS puede, además, operar solamente respecto de alguno de los varios sujetos, continuando la obligación respecto de los demás y sin afectar tampoco a los fiadores y a otras medidas aseguratvas, sobre la base de

esta distinción es que a continuación pasaremos a desarrollar el análisis de los distintos modos de extinguir las obligaciones, pero antes, haremos una breve mención al desarrollo de estas instituciones en el derecho justinianeo. En él, los modos de extinción operan con igual eficacia, desaparecido el procedimiento formulario, la excepción no se diferencia al menos en el orden procesal de cualquier otra defensa del demandado, y se puede proponer también después de la LITIS CONTESTATIO.

MODOS DE EXTINGUIR IPSO IURE

Extinguen IPSO IURE la obligación los siguientes modos el pago la novación la ACCEPTILATIO, la pérdida de la cosa debida y la confusión[187]

EL PAGO

Los romanos lo llamaron SOLUTIO. La acepción jurídica de la palabra significa, ampliamente, cumplimiento de la prestación, sea ésta de la naturaleza que sea. Refiriéndose al pago, Gayo dice: se extinque una obligación, ante todo, por medio del pago de aquello que es debido[188]. Así también lo ha entendido nuestro Código Civil, al definirlo en su articulo, como la prestación de lo que se debe.

El pago libera al deudor IPSO IURE cuando la prestación es efectuada tal como es debida y siempre que haya correspondencia objetiva entre el contenido de la obligación y el acto del deudor. Esto significa que el deudor ha de observar una determinada forma cuando así lo reclame la naturaleza de la prestación. Por ejemplo, si la obligación consiste en la enajenación de una finca, el deudor, en la época clásica, ha de transmitir la propiedad mediante MANCIPATIO O IN IURE CESSIO, en tanto que si se trata de una RES NEC MANCIPI es suficiente la simple entrega o TRADITIO.

Para facilitar su estudio, procederemos a contestar algunas preguntas fundamentales.

¿ Quién debe pagar?

La regla general es que debe pagar el deudor. Sin embargo excepcionalmente se permitió que pudiera pagar válidamente un tercero, siempre que la obligación no sea de aquellas denominadas INTUITO PERSONAE, es decir, contraída en consideración a la persona de la otra parte.

El pago de un tercero es posible, con el consentimiento de un deudor, sin que éste lo conozca, y aún contra su voluntad.

[187] Estas instituciones han llagado hasta nosotros y se encuentran vigentes hoy en días pues, al revisar el artículo 1567 del Código Civil, podemos ver que estos modos de extinguir coinciden con los números 1,2,6,y 7 del citado articulo.

[188] Inst. III, 168.

¿Qué debe pagarse?

La regla general es que debe pagarse todo lo que se debe y lo que se debe, o sea, cumpliendo la obligación tal como fue prestada.

Sin embargo, este principio tuvo dos excepciones:

DATIO IN SOLUTUM: como principio general el Derecho Romano establecía que no se puede pagar una cosa por otra contra la voluntad de acreedor, sin embargo la dación en pago constituía una excepción, porque, con el consentimiento de acreedor, era posible cumplir con un objeto distinto al adecuado. Pero este hecho produjo la discusión de las escuelas Sabiniana y Proculeyana. Para los primeros la dación en pago producía el mismo efecto del pago o sea extinguía la obligación. Para los segundos, no extinguía la obligación, sino que daba al deudor una excepción a fin de no ser obligado a pagar además, el objeto debido.

BENEFICIUM COMPETENTIAE: puede definirse como: aquel de que gozan ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente pueden, dejándoseles, en consecuencia lo necesario para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna. En la condenación de las personas dicen las fuentes, que son condenadas a lo que pueden hacer, no se les ha de quitar todo lo que tienen, sino que se ha de tener en cuenta también de las mismas, para que no queden en la indigencia.

Este beneficio se le concede al militar, al patrono, a los cónyuges, a los ascendientes, al socio, al donante, etc. esto es para otorgarlo, se atendía, principalmente, al estado social, a las relaciones de parentesco, o a la naturaleza de la obligación.

¿A quién debe pagarse?

La regla general es que el pago debe hacerse al acreedor. Sin embargo, el pago puede hacerse también validamente al representante legal del acreedor como su tutor o curador, o un representante voluntario del acreedor, que pueden ser:

Un ADSTIPULADOR que es una persona que podía no sólo recibir el pago, sino reclamarlo, con igual eficacia que el acreedor principal, y perdonar la deuda, en virtud de una ADSTIPULATIO que era un contrato VERBIS en el que el deudor promete a otra persona la misma prestación debida al acreedor[189].

---

[189] El 1576 Código Civil, en su inciso primero establece que para el pago sea válido debe hacerse o al acreedor mismo bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aún un título singular o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él o a la persona diputada por el acreedor para el cobro. Comparando el contenido de este artículo con las instituciones antes explicadas, vemos que son básicamente las mismas, las cuales son desarrolladas con mayor detalle por el legislador en los artículos siguientes al antes mencionado.

¿Dónde debe hacerse el pago?

El lugar donde debe hacerse el pago, o LOCUS SOLUTIONIS es el acordado por las parte al constituir la obligación.

Sin nada se estableció sobre el particular, las cosas genéricamente determinadas objeto de la prestación pueden entregarse en todo lugar en que puedan ser exigidos y ordinariamente, en el domicilio del deudor. Las cosas individualmente determinadas deben ser entregadas en el lugar en que se hallen.

<u>LA NOVACIÓN</u>

Consisten en transformar una obligación en otra nueva, quedando extinguida la primitiva y siendo sustituída ésta por otra mediante una STIPULATIO.

Dice Gayo que una obligación se extingue también por la NOVATIO, como por ejemplo, si yo estipulo que lo que tú me debes me será dado por Ticio. En efecto, interviniendo una nueva persona, ha nacido una nueva obligación y se extingue la primera, la cual es trasladada a la posterior, de tal modo que, aún cuando sea nula la STIPULATIO, posterior, la primera no obstante se extingue de derecho por la NOVATIO.

Los requisitos para que exista novación son:

1) Existencia de una obligación anterior que puede ser de cualquier clase, según dice Ulpiano.

2) Obligación nueva creada para sustituir a la precedente.

3) Algo distinto que diferencia la nueva obligacíón de la anterior: este puede consistir en un cambio de deudor, acreedor, objeto o causa.

Para la novación entre el mismo acreedor y el mismo deudor es necesario que la nueva STIPULATIO contenga algo nuevo respecto de la precedente, que puede ser la alteración del lugar o del tiempo para el pago, la adición o eliminación de una condición.

4) Que se bubieran ampleado las formas exigidas por el IUS CIVILE.
5) Que la nueva obligación sea válida, ya sea natural o civilmente.
6) Que ambas tengan el mismo objeto.

Aparte de estos requisitos exigidos en la época clásica, en el Derecho Justinianeo aparece otro, de carácter subjetivo, el llamado ANIMUS NOVANDI, el ánimo de novar, o sea, la voluntad de las partes de transformar la antigua obligación en una nueva. Para que la novación se produjera exigió que las partes hubieran tenido la intención manifiesta de realizarla.

La incorporación del ánimo de novar que hace al Derecho Justinianeo nos muestra la importancia que en esta fase del desarrollo de la ciencia jurídica tiene la intencionalidad, la voluntad de las partes, o sea, el elemento subjetivo que mueve a los individuos a actuar en la vida del Derecho, alejándose de las formalidades que predominaron en la época arcaica y clásica, en que era más importante la manifestación externa de la voluntad que la intención de las partes.

La novación permitía a las parte modificar elementos de la obligación, conservando el mismo objeto. Este efecto se puede obtener únicamente por la anulación de la obligación anterior y la creación de una nueva mediante la novación, la estipulación por su carácter abstracto, su rapidez y su precisión, ofrecía un procedimiento muy fácil para obtener este resultado

LA ACCEPTILATIO

"Era un medio de extinguir contratos verbales, en particular estipulaciones". Era un negocio jurídico verbal entre presentes, realizado por la pregunta del deudor y la respuesta del acreedor, según lo que nos dice Gayo:[190] "También se extingue una olbigación por la ACCEPTILATIO. Esta es una especie de pago simbólico. Si tú quieres librarme de lo que a ti te debo en virtud de una obligación contraída verbalmente, podría ello ocurrir del siguiente modo: permitiendo tú que yo pueda decir estas palabras: ¿Tienes tú por recibido lo que yo te he prometido?. Y respondiendo tu: lo tengo".

"Cuando las partes deseaban extinguir obligaciones de otro género, mediante ACCEPTILATIO, debían convertir primero éstas en obligaciones verbales mediante una NOVATIO".

En otras palabras, la ACCEPTILATIO era un pago ficticio. En la práctica no se había realizado, pero tal ficción tenía el propósito de extinguir la obligación.

Pareciera que mediante ella sólo pudieran extinguirse obligaciones nacidas de una STIPULATIO. Gayo fundamenta esta posición al sostener que resulta lógico que una obligación nacida verbalmente pueda disolverse por medio de otras palabras (principio del CONTRARIUS ACTUS); pero lo que es debido por otra causa no puede quedar sin efecto simplemente pronunciando ciertas palabras. Sin embargo era posible que una obligación contraída por otra causa que no fuera una estipulación se pudiera extinguir mediante la ACCEPTILATIO. Esta era la función de la **estipulación Aquiliana**: "Si se quiere cancelar obligaciones que tienen otra causa, es necesario hacer una previa estipulación novatoria, que las refunda todas en una única obligación cancelable por aceptilación"

PERDIDA DE LA COSA DEBIDA

Si el objeto de la obligación es una RES CERTA (Cosa cierta) y se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor se libera, al ser imposible sustituir lo debido, y no siendo imputado a él este resultado dañoso"

Si embargo, este principio general tuvo algunas excepciones:

- Si la obligación es de género, la perdida no libera al deudor, sino que debe pagar con otra del mismo género. La obligación no se extingue porque el género no perece.

- Si el deudor emplea la cosa de manera distinta a la convenida con el acreedor, el deudor responde de caso fortuito.

- Si la cosa perece por dolo o por culpa del deudor, deberá responder siempre.

[190] Inst: III, 169.

CONFUSION

"Era un modo IPSO IURE de extinguir obligaciones que consiste en la reunión, en una misma persona, de las cualidades de acreedor y deudor.

El modo más frecuente que se produzca confusión es en la sucesión por causa de muerte. En tal caso, pueden darse tres situaciones:

1) Que el acreedor herede al deudor;
2) Que el deudor herede al acreedor; y
3) Que una misma persona herede, simultáneamente, al acreedor y deudor.

Este "es un modo de extinción que no es peculiar de los derecho de crédito, sino que se presenta también tratándose de IURA IM RE ALIENA".

MODOS DE EXTINGUIR OPE EXCEPTIONIS.

A diferencia de los anteriores, estos producían el efecto de palarizar la acción de cobro de la obligación. Por eso, algunos opinan que no son, en sentido estricto, modos de extinguir.

Extinguen la obligación OPE EXCEPTIONIS el PACTUM DE NON PETENDO, LA PRESCRIPCION Y LA COMPENSACION

LA COMPENSACION

"Es la cancelación de obligaciones existentes alternativamente entre dos personas, mediante una imputación recíproca de los créditos a los débitos". Cuando dos personas son recíprocamente deudor y acreedor, ambas deudas pueden extinguirse hasta la concurrencia de la menor, como si cada deudor empleara lo que debe en pagarse lo que a él le es debido.

Por ejemplo, si Cayo es acreedor de Ticio por mil sextercios, pero a su vez es deudor de Ticio por 700 y lo demanda por mil, Ticio podrá oponer la compensación como excepción hasta por la de 700. En esta forma, la demanda del actor procederá sólo por 300 sextercios.

El Derecho Romano "estimó la compensación en todos los tiempos de su historia como un fenómeno procesal, idea de la cual no pudo desligarse el Derecho de Justiniano". Esto sucederá en el evento de que el demandante haya deducido una acción de buena fe. En tal caso el juez podrá tener en cuenta estas recíprocas prestaciones, adecuando numéricamente el saldo de la sentencia, dado que estas acciones de buena fe "tienen un régimen mucho más flexible, que concede al juez un mayor ARBITRIUM para determinar la condena".

La doctrina suele distinguir tres tipos de compensación:

- Convencional : Es aquella que se acuerda libremente por quienes son, recíprocamente, acreedores y deudores el uno del otro.

- Judicial : Es aquella que el juez puede operar al sentenciar cuando así lo haya pedido una de las partes, aunque la otra no lo quiera. En tal caso, la compensación obrará OPE EXCEPTIONIS.

- Legal : Es la que se produce por ministerio de la ley, prescindiendo de la voluntad de las partes.

Durante la época arcaica, en que se utilizaba el procedimiento formulario, utilizado por el pretor peregrino, en un IUDICIUM LEGITIMUN, basado en la ley. Este hecho tiene la importancia de permitir que "las objeciones del demandado, que no podían tener eficacia en el proceso de las acciones de la ley, se atendieran ahora de tal modo que se admitió en la fórmula del proceso una EXCEPTIO a la indicación de condenar. Simultáneamente se dio plena validez a los contratos de buena fe.

Con estos dos antecedentes, la excepción y el contrato de buena fe, el juez pudo aplicar principios de equidad que hasta hoy se mantienen vigentes, pues "no es equitativo que una parte pueda compeler a la otra a cumplir, sin cumplir ella misma; quien cumple primero queda en una situación desventajosa, expuesto a la insolvencia de la contraparte. La compensación pone a las partes en un pie de igualdad y constituye una verdadera caución, en cuanto garantiza el cumplimiento de la obligación"

En este período se requerían los siguientes requisitos para que la compensación operase:

- Que el Contrato fuera de buena fe;
- Que el demandado opusiera la compensación como excepción; y
- Que ambos créditos emanaran de una misma causa. Si los créditos tenían su origen en negocios diferentes, cada acreedor debía entablar demanda por separado. En los contratos de derecho estricto no se admitió la compensación.

Pero a partir del siglo II A.C., a partir de un rescripto de Marco Aurelio, respecto de los contratos de buena fe, se permitió la compensación aunque los créditos provinieran de causas diversas. En los contratos de derecho estricto, Marco Aurelio permitió al demandado que, a su vez, era acreedor del demandante, oponer la EXCEPTIO DOLI, pues se consideró que el demandante estaba actuando dolosamente al reclamar el pago de una persona de quien él mismo era deudor. Sin embargo, se mantuvo respecto de estos contratos la exigencia de que los créditos emanaran de una misma causa.

Finalmente "Justiniano estableció los siguientes requisitos:

- Que ambas personas fueran recíprocamente acreedores y deudores.
- Que ambas obligaciones fueran exigibles, o sea, que estén vencidas y que sean de aquellas que tienen acción para exigir su cumplimiento;
- Que ambas deudas fueran líquidas, o sea, que resulte fácil establecer su monto

PACTO DE NON PETENDO.

"Es el acuerdo no formal por el que el acreedor promete no exigir al deudor la prestación". Este pacto no destruye la acción, sino que la paraliza concediendo al demandado una excepción para detenerla. La EXCEPTIO PACTI CONVENTI, mediante la cual "el deudor, sin negar la obligación, se opone a la acción por la que se reclama la prestación perdonada"

Ulpiano dice que: “unos pactos afectan a las cosas y otros a las personas.

1) Real : Si no designa la persona del deudor favorecido con el pacto, habiendo varios deudores. Se entiende que el pacto rige respecto del objeto debido, con prescindencia de quien sea el deudor. Si el deudor era uno sólo podía haber sustitución del deudor, sin que por ello quedara sin efecto la excepción.

2) Personal : Cuando el pacto señala expresamente el nombre del o de los deudores beneficiarios. En este caso si hay cambio de deudor, el nuevo deudor no puede oponer la excepción del pacto si es demandado por el acreedor.

LA PRESCRIPCION

"Es un modo de extinguir las obligaciones por no haberse ejercido las acciones correspondientes durante cierto tiempo”.

“Su elemento más característico es la inacción del acreedor, la falta de ejercicio de las acciones que, como consecuencia, concurriendo a los requisitos legales, se extinguen”

Si el acreedor dejaba transcurrir el plazo dentro del cual podía intentar la acción para reclamar el cumplimiento de su pretensión, el demandado la paralizaba por medio de la EXCEPTIO TEMPORIS, emanada de la prescripción.

Para que la prescripción operase, debían reunirse dos requisitos copulativamente:

1) Transcurso del tiempo. Teodosio II estableció, por medio de la PRAESCRIPTIO TRIGINTA ANNORUM que fenecían todas las acciones no ejercitadas durante treinta años.

2) Inacción del acreedor: La prescripción pretendía castigar al acreedor negligente, presumiendo que éste renunciaba a su derecho al no ejercitar las acciones correspondientes.

MODOS ESPECIALES DE EXTINGUIR OBLIGACIONES.

En el Derecho Romano hubo otros modos especiales cuyo efecto natural era distinto, y sin embargo, por vía colateral, extinguían obligaciones.

Ellos fueron:

- CAPITIS DEMINUTIO del deudor, cualquiera que fuese su clase extinguía las deudas, no los créditos, pero sólo desde el punto de vista el IUS CIVILE. En los demás casos, el pretor dio al acreedor la ACTIO IN INTEGRUM RESTITUTIO en contra del que había sufrido CAPITIS DEMINUTIO mínima.

- La muerte del deudor, tratándose de obligaciones provenientes de delitos, las cuales “no pasaban ni como crédito a los herederos del acreedor, ni como deuda a los herederos del deudor”.

- Tratándose de obligaciones de especie o cuerpo cierto, si es objeto a entregar queda destruido por un evento en el que no hubiera culpa del deudor, la

obligación se extingue, puesto que la prestación se hace imposible de cumplir. En este caso se aplica el principio IMPOSSIBILITUM NULLA OBLIGATIO, a lo imposible, nadie está obligado.

- La LITIS CONTESTATIO: de todos sus efectos, el más importante es la consumasión de la acción, vale decir, el agotamiento de la misma, de modo que no puede volver a ejercitarse. Así, la pretensión de ambas partes se sustituye por el sometimiento a la sentencia del juez, designado por las mismas partes, produciéndose así la Novación necesaria, porque su efecto es consecuencia ineludible de entregar al juez el fallo del asunto controvertido: cada parte ha renunciado a su pretensión comprometiéndose a aceptar la resolución del IUDEX. "Este efecto consumativo opera propiamente en las acciones personales con fórmula a IN IUS CONCEPTA, y siempre que se trate de un INDICIUM LEGITIMUN, la obligación del deudor se extingue, y queda sustituida por la de pagar la condena que puede recaer sobre él (esta transformación es la llamada Novación necesaria)". Así lo expresa Gayo[191]: "La obligación se extingue por la LITIS CONTESTATIO, siempre y cuando que la misma hubiera ocurrido en un IUNDICIUM LEGITIMUN".

[191] Inst. III, 180.

PERSONA Y FAMILIA[192]

El sujeto de Derecho

Las Personas Físicas

Clases de personas

El sujeto de derecho se designa en la terminología jurídica con la palabra persona. Los romanos llamaron persona desde la época clásica a los individuos humanos o ficticios capaces de actuar en el campo jurídico.

Persona, por tanto, no es sinónimo de individuo de la especie humana, sino que caben en esta acepción tanto personas físicas o naturales, como personas jurídicas, que son entes morales, que en virtud de una ficción se les atribuye capacidad jurídica, o sea aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Por tanto no todas las personas son hombres o mujeres. En Roma, además, así como no toda persona era hombre o mujer, no todo hombre o mujer era persona, ya que existía la esclavitud y los esclavos carecían de capacidad jurídica; eran seres humanos pero no personas.

Requisitos de las personas físicas

Podemos decir que sólo es persona quien reúne dos tipos de requisitos:

a) Aquellos referentes a la existencia humana o naturales y que son:

1° Que el nuevo ser quedara completamente separado de la madre.

2° Que naciese vivo. (vitalidad)[193] Respecto de este requisito la escuela Proculeyana exigió como signo de vida el llanto, la escuela Sabiniana, en cambio, los movimientos.

3° que tuviese forma humana

A pesar de carecer de estos requisitos el Derecho Romano otorgó protección a los no nacidos (nasciturus). No por esto los consideró sujeto de derecho, sino que lo que se pretendía era proteger los intereses de la futura persona, especialmente sucesorios. De ahí que se dijera que en ciertos aspectos el no nacido se asimilaba al ya nacido, sin embargo, los efectos quedaban supeditados al nacimiento, o sea, eran condicionales.

De esta manera:

- Los derechos hereditarios se deferían, o sea, permanecían en suspenso hasta el nacimiento.
- El aborto estaba prohibido y era castigado.

---

[192] Este esquema ha sido tomado del Libro de Derecho Romano, tomos I y II de los autores J. Arias Ramos y J.A. Arias Bonet. Editorial Revista de Derecho Privado, 18ª Edición. Edersa 1996.

[193] Existe también la doctrina de la viabilidad en virtud de lo cual no basta haber nacido vivo como ocurre con la doctrina de la vitalidad, sino que además se exigía tener aptitud para seguir viviendo fuera del seno materno.

- La madre tenia la facultad de pedir alimentos y de solicitar la designación de un curador que velara por los intereses del futuro hijo.

b) ***Jurídicos, o sea, aquellos que confieren plena y perfecta capacidad jurídica***: La capacidad jurídica, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. En Roma tiene capacidad jurídica plena el pater familia y la mujer sui iuris con algunas limitaciones.

Capacidad de obrar, en cambio, es la facultad de producir efectos jurídicos por la sola manifestación de voluntad. Es también la posibilidad de hacerse responsable por la comisión de actos ilícitos. Supone esta capacidad una voluntad consciente y razonable del sujeto. En Roma la tienen alieni iuris y también los esclavos y de manera limitada la mujer sui iuris.

Para el derecho romano clásico, el individuo (caput) actúa siempre desde la posición (status) que ocupa dentro de determinado grupo. Esta división tripartita, le situaría respecto de:

- ***De la sociedad: Status libertatis que determinaba quienes eras libres, o esclavos.***
- ***De la RES PUBLICA: Status civitatis, que determinaba quienes eran ciudadanos romanos, peregrinos o latinos.***
- De la familia: Status familiae: según el cual los hombres podían ser jefes de familia (pater) o miembros de ellos y, en el caso de las mujeres estar o no sometidas a dicha autoridad. (sui iuris, alieni iuris)

STATUS LIBERTATIS

Es la situación con arreglo a la cual los hombres eran libres o esclavos.

Quienes eran esclavos

Los juristas romanos sostuvieron que todos los hombres por derecho natural son o nacen libres, pero algunos en virtud del derecho de gentes o ius gentium, pueden encontrarse sometidos al dominio de otro.

El esclavo no es persona es cosa, no es sujeto sino objeto de derecho. Sin embargo tenía una naturaleza humana y ello hizo que el rigor del principio expuesto se atenuara y pese a no tener capacidad jurídica propiamente tal se le reconocía capacidad de obrar.

Eran esclavos:

1) ***Por nacimiento***: los hijos cuya madre fuese esclava al momento del parto. Sólo la condición de la madre se tiene en cuenta.[194]

2) ***Por caer en esclavitud***. Existían causas basadas en:

    a) ***El ius gentium***: tal era el caso de la cautividad guerrera. Si un romano caía era tomado prisionero, en caso de guerra, se le aplicaba el mismo criterio. Así, en virtud de la Lex Cornelia se estableció la ficción de que el día que el romano caía prisionero era el día de su muerte. Es decir, muere siendo libre,

[194] Desde el siglo II el hijo nace libre si la madre lo es, aunque sea un instante durante la gestación.

condición de enorme importancia en materia sucesoria. Sin embargo, los romanos atenuaron el rigor de esta esclavitud mediante la institución del ius postliminii, el virtud del cual el ciudadano romano que había caído en esclavitud por causa de guerra, si era liberado o lograba evadirse recuperaba su libertad y por ende su anterior situación jurídica y sus derechos[195]

b) ***El ius civile***, consideró como causas de esclavitud: ***1º*** En la época arcaica la venta trans Tiberium, por ejemplo los deudores insolventes, según el procedimiento de la manus inectio, ***2º*** la condena a pena capital o a trabajar en las minas, ***3º*** El dejarse vender como esclavo siendo libre para engañar a al comprador, ***4º*** El precepto del Senadoconsulto Claudiano que castigaba con la esclavitud a la mujer que tuviese trato carnal con un esclavo, etc. **5** La ingratitud del antiguo esclavo con el dueño que le había concedido la libertad.

La condición de esclavo

El esclavo no es persona, era una cosa, o sea, era objeto de derechos y no sujeto, sin embargo como se consideraba que tenía naturaleza humana, el rigor de este principio se suavizó, tanto en doctrina como en la práctica.

Como es objeto de derecho no puede, por ende: contraer matrimonio (la unión entre esclavos se llamaba contubernio) ni tener familia. Desde el punto de vista patrimonial no puede ser propietario, deudor, acreedor, comparecer en juicio, testar, dejar herederos; su abandono no lo hace libre y en principio el dueño puede hacer con él lo que le plazca: venderlo, castigarlo, entregarlo en noxa, matarlo, etc. No obstante su sepultura es res religiosa; puede formar parte de collegia con fines religiosos, etc. además, algunas constituciones imperiales temperaron el rigor en su trato prohibiendo a su dueño, arrojarlo a las fieras en juegos ciercenses, abandonarlo por viejo o enfermo, etc.

Desde el punto de vista patrimonial:

1º podía intervenir en múltiples actos jurídicos por y para su dueño, así adquiere derechos para él, contrata, recibe herencias, etc.; excepto en el campo procesal donde su incapacidad es absoluta y, podía
2º, tener un peculim. El peculium es una masa de bienes de cualquier clase, que el dueño pone en manos del esclavo, concediéndole la administración de la misma y los beneficios que de ella deriven. Jurídicamente el dominus era siempre el propietario del peculio y podía revocarlo en cualquier momento. Sin embargo, en la sociedad romana el peculio se consideró como pertenencia del esclavo, que incluso le permitía comprar su libertad.

En cuanto a la responsabilidad del dominus por los actos del esclavo, hay que distinguir:

1º ***En el viejo derecho civil***, los actos jurídicos del esclavo podían mejorar la condición patrimonial del amo, pero no empeorarla. Esto último implicaba que si el esclavo resultaba deudor, la deuda no era exigible. (obligación natural)

[195] Por no ser considerados derechos sino situaciones de hecho no recobraba la posesión ni el matrimonio.

2° ***En el derecho clásico***, se corrigió esta situación, sirviéndose de las llamadas actiones adiecticiae qualitatis, concedidas contra el dominus, en algunos casos sin limitación, en otros hasta el monto del peculio o bien hasta el monto del enriquecimiento.

Maneras de salir de la Esclavitud

De la esclavitud se salía por:

1) manumissio, o bien
2) ***En virtud de la ley***.

La manumissio es el acto por el cual el dueño da la libertad al esclavo. Estas podían ser según su forma y sus efectos:

a) Solemnes: 1° La manumissio vindicta: consistente en una reclamación simulada de la libertad del esclavo que un tercero –adsetor libertatis- hacía ante la autoridad judicial, puesto previamente de acuerdo con el dueño, el cual se allanaba a la demanda.***2° La manumissio censu***: consistía en la inscripción del esclavo en el censo de ciudadanos, previa petición al censor hecha con el asenso del dueño. ***3° manumissio testamento:*** Es la concesión de libertad hecha por su dueño en un testamento. Podía adoptar dos modalidades: ***a)*** Declarar libre al esclavo de un modo directo, de manera que el esclavo es libre desde que el heredero acepta la herencia, salvo que se hubiese sujetado a una condición y ***b)*** Encargar al heredero que lo hiciese. ***4° manumissio in ecclesia:*** Es introducida por Constantino y consiste en una declaración del dueño ante la autoridad eclesiástica. Estos libertos adquieren la ciudadanía romana.

b) No solemnes: En estos casos el dueño concedía la libertad al esclavo sin sujetarse a ninguna formalidad, por lo tanto no tenían ninguna validez legal. Sin embargo, el pretor les dio protección y después de la lex Julia Norbana reconoció dichas formas de manumitir, pero no equiparó sus efectos, ya que éstos se hacían latinos y no ciudadanos romanos. Son estas, ***manumissio inter amicos, per epistulam, per mensam,*** etc. Estos libertos no adquieren la ciudadanía romana, sino que quedan en calidad de latinos iunianos.

Restricciones a la libertad de manumitir

Augusto temió que esta vía muchas personas adquirieran la ciudadanía romana. Esta fue la razón de la dictación de las leyes Fufia Caminia y Aelia Sentia. La primera limitó el número de esclavos que se podía manumitir por testamento y la segunda impuso una serie de requisitos, tales como:

- Edad para manumitir y ser manumitido: el dueño debia ser mayor de 20 años y el esclavo mayor de 30.
- Las manumisiones debian tener una causa justificada, que el magistrado debia conocer.
- Los manumitidos en contra de estas disposiciones adquirian la condicion de latino juniano.

➢ Las manumisiones realizadas en fraude de los acreedores son nulas.

Efectos de la manumisión

El que ha sido manumitido se llama libertus, en oposición al que nació libre y ha vivido siempre libre, que se llama ingenuus. Los libertos, no se equiparaban a los ingenuos, ni el derecho público ni en el privado.

Así en materia de ius publicum por ejemplo, no tenían acceso a las magistraturas ni al senado. En el derecho privado, no podían contraer matrimonio con una ingenua, etc.[196]

No obstante, los lazos que unían al liberto con el su antiguo dueño no se rompían totalmente: Se llamaba patronato a la relación que liga al liberto con el que fue su dominus y con los descendientes de éste. Este patronato o clientela supone derechos y obligaciones para ambos. Así, en el orden procesal, no podía el liberto demandar al patrono sin autorización del magistrado. Aparte de las prestaciones y servicios que la gratitud y costumbre indicaban, el patrono y su familia tenían derechos sucesorios abintestato del liberto. El liberto tenía entre otras cosas el derecho a que el patrono le dé alimentos; además no podía entablar en su contra acusaciones que produjeran condena capital.

3) Manumisión concedida por ley

Cuando el esclavo era abandonado por viejo o enfermo, también cuando el siervo descubría al asesino de su amo; cuando el esclavo había vivido 20 años como libre, etc.

Causa liberalis

Determinar, en caso de controversia si una persona era libre o esclavo, se hacía mediante un procedimiento denominado causa liberalis. En el derecho antiguo y clásico se trataba de una acción real. Por otro lado, aquél cuyo estado se discutía debía concurrir representado por un adsetor libertatis, pudiendo incoarse indefinidamente. En el derecho justinianeo, se tramita como acción prejudicial y puede comparecer el interesado personalmente.

STATUS CIVITATIS

En la noción de los pueblos antiguos, la personalidad jurídica, tanto en el aspecto público como en el privado, era privilegio del ciudadano. Imperaba el principio de la personalidad del derecho, en cuya virtud cada individuo vive sujeto a la ley de su propia nación, donde quiera que se encuentre. De acuerdo a este status los hombres de dividían en:

1) Ciudadanos romanos.
2) Latinos
3) Peregrinos.

[196] Las relaciones entre liberto y ex – amo se denomina patronato, y se dan entre patrono y siervo.

Cives: adquisición de la ciudadanía

La ciudadanía romana se adquiría:

1) Por nacimiento.
2) Por manumisión
3) Por ley
4) Por concesión del poder público.

Por nacimiento: Son ciudadanos los procreados por una ciudadana romana en justas nupcias, o los nacidos, fuera de matrimonio de una madre romana.

Por manumisión: Los manumitidos por un medio solemne. En el derecho bizantino, todos los manumitidos adquirían la ciudadanía junto con la libertad.

Por ley: v. gr., el peregrino que acusase e hiciese condenar a un magistrado por concusión y los latinos, yéndose a vivir a Roma o bien por el desempeño de magistraturas locales, en premio a ciertos servicios, etc.

Por concesión del poder público: Emanaba de los comicios y más tarde de los emperadores.[197]

Finalmente Caracalla Por medio de una constitución imperial concedió la ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio.

Condición jurídica de los ciudadanos

Sólo los ciudadanos podían llegar a gozar de todos los derechos:

1) En el orden político: ***el ius honorum, (derecho a desempeñar cargos públicos) ius suffragii (derecho a votar en las asambleas) y el derecho de servir en las legiones.***
2) En el orden privado: el ***ius connubii, (derechos a contraer justas nupcias y a constituir una familia) el ius comercii, (derecho a realizar negocios jurídicos) ius actionis (facultad de recurrir a los tribunales).***

Los peregrinos.

Son los extranjeros, hombres libres:

a) Viven dentro del mundo romano en oposición a los hostes o bárbaros.
b) Son miembros de una civitas y como tal realizan actividades jurídicas.
c) Se crea todo un sistema jurídico-procesal, basado en el ius gentium, que es aplicado en las provincias por los gobernadores y en Roma por el pretor peregrino.

[197] Recordar que Caracalla en el año 212 d.c. mediante un edicto concedió la ciudadanía romano a todos los hombres libres del imperio, menos a los dedicticios.

Los Latinos

Ocupaban una situación intermedia entre los ciudadanos romanos y los peregrinos. En términos generales se dio este nombre a los habitantes de las ciudades enclavadas en el Latium, confederadas con Roma. También se llamó latinos a los manumitidos sin una forma solemne, llamados ***latinos iuniani*** y aquellos que habían sido manumitidos contraviniendo las exigencias de la ***lex Aelia Sentia.***

Condición Jurídica de los Latinos

La latinidad es una especie de ciudadanía limitada, que no tuvo en todos los casos el mismo contenido. Así los ***presci latini o latini veteres*** (latinos confederados) gozaban del ius suffragii, ius commercii y el ius connubii. Los ***coloniae*** (se trataba de habitantes donde Roma fundó colonias) tenían únicamente ius comercii, podían por ende gozar de propiedad romana, celebrar contratos romanos, testar y actuar ante los Tribunales. Por último los ***latinos iuniani****, sólo tenían capacidad para celebrar actos entre vivos, por ende no podían testar.*[198]

STATUS FAMILIAE

La familia civil

La capacidad jurídica dependía también de la posición que el hombre libre y ciudadano romano ocupase dentro de la familia. El status familiar es por tanto, la situación en que se encuentra un hombre libre y ciudadano romano en relación con una determinada familia. Familia[199] para los romanos, es un grupo de personas que viven sometidos al poder doméstico de un mismo jefe de casa. A esta sumisión se entra por diversos medios: la procreación, la adopción, la adrogación. La relación de dependencia respecto a un mismo jefe y la que une a éste con sus sometidos se llama ***agnatio y familia agnaticia*** es el grupo doméstico así constituido.

En relación con su situación familiar, los ciudadanos o eran jefes (pater) de familia o estaban bajo la potestad de un pater. Sólo los primeros eran plenamente capaces, personas sui iuris. Los segundos dependían del pater y no tenían capacidad jurídica completa, eran personas alieni iuris.

Sujetos a la autoridad del pater se hallaban:

a) La mujer que al casarse con el pater o con alguno de los varones sometidos a su potestad, lo hiciese cum manu. (adquiría la calidad de hermana agnaticia de sus hijos)
b) Sus hijos legítimos, de uno u otro sexo, así como los descendientes también legítimos de sus hijos varones y de sus nietos varones.
c) Las personas, cualquiera que sea su procedencia, que el pater acoja en la familia en la posición jurídica de hijos o nietos, por los procedimientos de la arrogatio y la adoptio.

---

[198] La decisión de si un individuo era o no ciudadano, se resolvía administrativamente. La usurpación del título de ciudadano se castigaba con la muerte.
[199] Se emplea también como sinónimo de patrimonio o herencia.

No formaban parte de esta familia, a pesar de los vínculos biológicos –parentesco de sangre- o matimonio:

a) Su mujer y sus descendientes legítimos cuando el matrimonio se hubiese celebrado sine manu.
b) Los descendientes ilegítimos.
c) Los descendientes legítimos, que jurídicamente hubiesen salido de la familia agnaticia, ya sea para constituirse ellos como pater (emancipatio) o bien para entrar en otra familia como sometidos, ya sea por adopción o bien en el caso de las hijas y nietas por matrimonio cum manu.
d) Los descendientes legítimos o ilegítimos de las hijas y nietas, ya que las mujeres son en ese sentido finis familiae, interrumpen la agnación la que solo es transmisible por los varones.
e) Los hijos vendidos por su pater a un extraño.

Cognatio

La cognatio es el parentesco por lazos biológicos o de la sangre. Esta familia cognaticia tenía importancia en ciertos aspectos, por ejemplo en lo relativo a los impedimentos para contraer matrimonio.

En materia de cognación se distinguía:

1) ***La línea:*** Puede ser recta o colateral. Línea recta es la serie de individuos engendrados escalonadamente unos por otros, ejemplo, abuelo, padre, hijo, nieto. Línea Colateral, es la constituida por los parientes que no descienden unos de otros, sino de un tronco común, ejemplo, tíos, primos, sobrinos, hermanos, etc.[200]
2) ***El grado:*** Es la unidad de medida en la relación de parentesco. O el número de generaciones que separan a un pariente de otro.

Extinción civil y natural de las personas físicas

Extinción civil

La situación (status) jurídica de un hombre podía variar y verse disminuida. A esta situación se le llamó capitis deminutio, y admitía tres clases:

1) ***Capitis deminutio máxima:*** que tiene lugar cuando se pierde el status libertatis y el que era libre se hace esclavo. Son casos de capitis deminutio máxima, todas la maneras de caer en esclavitud después del nacimiento y que hemos visto. Sin embargo, recordar que en el caso de la cautividad guerrera, por la Lex Cornelia , el ius postliminii, y en virtud de una ficción se evitaba que el ciudadano romano sufriese una capitis deminutio. Este es el grado más alto de disminución de la capacidad, ya que la pérdida de la libertad hace perder también los otros dos status: el civitatis y el familiae.
2) ***Capitis deminutio media:*** Es la pérdida de la ciudadanía romana y lógicamente acarrea también la pérdida de la familia romana.
3) ***Capitis deminutio mínima:*** Se da siempre que una persona deja de pertenecer a la familia agnaticia de la que formaba parte conservando su

[200] Los hermanos pueden ser germanos o uterinos según si lo son por parte de padre y madre o sólo de madre.

condición de libre y ciudadano. Así la mujer que contraía matrimonio cum manu dejaba de pertenecer a su familia agnaticia y pasaba a formar parte de la de su marido. Lo mismo ocurría en casos de adopción, arrogación. Por su parte la emancipación producía el nacimiento de una nueva familia.

Respecto del destino del patrimonio –activos y pasivos- de una persona que era capitidisminuido, es necesario distinguir:

1) Respecto de los activos, cuando la capitis deminutio era máxima, por venta Trans Tiberium, sus activos pasaban a sus acreedores o al Estado en los casos de deportación. Cuando era media, no se producían cambios en su situación patrimonial, sino que solamente en el sistema jurídico de protección (del ius civile al ius honorario). Cuando era mínima, en el caso de la mujer que contraía matrimonio cum manu o de la arrogación, el patrimonio iba a parar al pater que acogía en su familia agnaticia a estos nuevos miembros.
2) En cuanto al pasivo: En el antiguo derecho quiritario, los acreedores resultaban burlados, cuando se producía una capitis deminutio. Sin embargo, el pretor corrigió esta injusta concepción decretando una restitutio in integrum, en virtud de la cual se tenía por no ocurrida la capitis deminutio.

Muerte

La extinción natural de las personas físicas es la muerte. Con ella se extinguen sus derechos y nacen los derechos de sus herederos. La muerte de una persona debe ser probada por quien pretenda algún derecho sobre el patrimonio de la persona fallecida. En el derecho romano no existieron medios especiales de prueba. Sin embargo, se admitió algunos casos de presunción de precedencia la de muerte, como por ejemplo cuando varias personas han muerto en una misma catástrofe.

CAUSAS MODIFICATORIAS DE LA CAPACIDAD JURIDICA

Existieron en Roma, ciertas causas que no extinguían la capacidad sino que solamente la limitaban. ***La edad*** es la circunstancia más importante dentro de las incapacidades de ejercicio de los derechos. Las categorías distinguidas por los romanos son las siguientes:

La Edad

1) ***Impúberes:*** Son los que no han alcanzado aún la aptitud fisiológica para la procreación. En la época clásica, tal aptitud se supone en los varones al cumplir 14 años y en las mujeres al cumplir 12. Los sui iuris que no llegado a esa edad, están sometidos a los dirección de un tutor. Sin embargo, es necesario hacer un nuevo distingo:

a) ***Los infantes:*** el impúber hasta los 7 años. El infante es absolutamente incapaz de realizar actos jurídicos; sus declaraciones carecen de eficacia; no comete tampoco actos delictivos. Las actividades necesarias para el ejercicio de los derechos y obligaciones que integran su patrimonio es cumplida por su tutor, cuando son sui iuris.

b) ***El infante mayor:*** Entre los 8 los 12 ó 14 años, puede realizar por sí aquellos actos que no pueden acarrearle sino un beneficio patrimonial, por ejemplo

aceptar donaciones, apoderarse de una cosa que no tiene dueño. Necesita, en cambio, a su tutor, para todos los demás negocios. Sin embargo, la actuación del tutor difiere a la que tiene respecto de los infantes, ya que en estos casos el tutor actúa solo, en cambio, respecto de los infantes mayores, que ya pueden expresar su voluntad, aunque inexperta, el tutor colabora reforzando dicha voluntad con su auctoritas.

2) ***Púberes:*** Hombres mayores de 14 años y mujeres mayores de 12 años, sui iuris. Fueron en el antiguo derecho romano plenamente capaces para la conclusión de toda clase de actos jurídicos. Sin embargo, esto generó una serie de inconvenientes, por tal razón, la total autonomía jurídica de los púberes quedó reducida a dos actos: el matrimonio y el testamento. Para todos los demás negocios jurídicos, una serie de medidas protectoras (se estableció la obligación de nombrarle un curador, para que lo aconsejara y presenciara sus negocios jurídicos) imponen una nueva división entre: púberes menores de 25 años y mayores de esa edad.

3) **Púber menor de 25 años o menor adulto:** Con anterioridad al siglo II a.C., el ciudadano romano varón sui iuris púber tenía plena capacidad de obrar, pero muy pronto se percibió que la plenitud de la capacidad tan tempranamente resultaba perjudicial pues normalmente era víctimas de engaños producto de su inexperiencia, por lo cual en el año 191 a.C. se introduce la lex Laetorio de cirscunscriptione adolecentium. De esta forma surge un nuevo límite de edad, a los 25 años, denominado menor adulto. Esta ley confiere a los menores una actio privada para dejar sin efecto el acto llevado a cabo con mayores de edad, si este acarreaba alguna desventaja patrimonial. El pretor completó la protección de los menores concediendo al menor demandado en juicio una excepción con la que obtenía el rechazo de la acción intentada en su contra. Luego, a finales de la república, el menor adulto, dentro del años siguiente a la conclusión del negocio jurídico, podía exigir la restitutio in integrum alegando haber sido perjudicado. De esto resulta que los menores sui iuris son plenamente capaces, pudiendo sus actos ser dejados sin efecto, valiéndose de los remedios creados por el pretor. Esto provoco que los mayores evitaran celebrar negocios con los menores, resultando por tanto los menores púberes sui iuris limitados en su capacidad de obrar. Para salir al paso de tales inconvenientes, los mayores exigían que los menores estuvieran asistidos por un curador, para evitar una eventual restitutio.

ENFERMEDAD MENTAL

Dice relación con dos casos; el furioso, que tiene alteradas las facultades mentales, pero presenta intervalos de lucidez, los que permitiría considerar válidos los actos celebrados en esos intervalos y el mente captus que es el deficiente mental. Esta causal se refiere a aquellas alteraciones mentales que provocaran un oscurecimiento o perturbación de la inteligencia y voluntad necesarias para la realización de actos jurídicos. Los enfermos mentales eran considerados personas pero incapaces por lo que requieren de curador. La función del curador es esencialmente patrimonial, aunque tiene el deber de velar por la persona del demente, cuidado que generalmente se deja a los parientes más cercanos, los que reciben del curador lo necesario para su manutención. El enfermo mental es absolutamente incapaz por lo que no es posible la autorización del curador para que realice actos jurídicos, debiendo siempre el curador actuar por él. En Roma, el enfermo mental no es capaz de cometer delitos y sus actos jurídicos son nulos.

PRODIGALIDAD

El pródigo era aquella persona que dilapida sus bienes sin motivo justificado de forma de caer en riesgo de pobreza, lo que determinaba que se le pudiera declarar interdictio, prohibiéndosele el ius comercium. Era una incapacidad relativa, estando autorizado para realizar aquellos actos que le significaren un beneficio patrimonial. Conserva su capacidad intelectual.

ENFERMEDAD FISICA

Los monstruos no eran personas, sujetos de derecho e incapaces. Se encontraban en una situación especial por sus problemas físicos:

Sordomudos: no podían celebrar stipulatio.
Ciegos: No podían testar por escrito.
Impotentes y castrados: No podían contraer matrimonio. El castrado no podía adoptar.

FALTA DE HONORABILIDAD

El menoscabo del honor y la disminución de la estima social podían llevar a una limitación de la capacidad jurídica. En Roma, la comisión de determinados delitos o el no cumplimiento de ciertas obligaciones se tachaba con nota de infamia, la que podía ser declarada por un censor, un cónsul o un pretor. Esta nota de infamia le impedía el acceso a las magistraturas, el poder votar en los comicios, el poder actuar en juicio en lugar de otro y desempeñar ciertas funciones en el derecho privado, entre otras la de ser tutor o curador. Además se perdía la honorabilidad por el hecho de desempeñar ciertas profesiones u oficios como gladiador, cómico y artista de teatro. Son tachados con nota de infamia también la viuda que contrajera matrimonio antes de cumplido un año de su disuelto matrimonio y los bígamos.

EL SEXO

En el antiguo derecho la mujer es incapaz aún siendo sui iuris y mayor de 25 años. En el ámbito del derecho publico no tuvo ningún derecho. En el ámbito del derecho privado la mujer tenía capacidad de obrar pero no capacidad jurídica y se encontraba sometida a una tutela perpetua, situación que se explicaba por su debilidad física, que le impide cumplir con la ardua tarea de jefe de familia y por su debilidad o ligereza de juicio o carácter que las suele hacer víctimas de engaños. Ya en la época clásica estas razones son objetadas por ciertos juristas y su incapacidad vista como poco justificable.

La naturaleza de la tutela perpetua sobre la mujer fue variando con el tiempo. Así, en un comienzo era muy estricta, estando la mujer pro así decirlo sometida a su tutor y era más un beneficio para el tutor y los parientes agnados de la mujer que para ella. Más adelante, se transformó en una institución a favor de la mujer, dándosele facultades para remover al tutor si no estaba conforme y para proponer a la persona que iba a ser designada. La función del tutor consiste en dar su auctorictas interpositio pero no en la gestión de negocios de la mujer. Finalmente habría desaparecido en el año 410 d.c cuando una constitución de Honorio y Teodosio concedió el ius liberorum a todas las mujeres.

LA RELIGION

Hasta Constantino no se establecieron diferencias de capacidad entre las personas por motivo de religión. Cuando se impuso el cristianismo como religión oficial se establecieron normas que disminuían en ciertos casos la capacidad de herejes, judíos, paganos, que no podían ejercer cargos públicos ni poseer esclavos cristianos. Además, los judíos no podían contraer matrimonio con mujeres cristianas.

CUASI ESCLAVITUD

Las personas pueden encontrase en situaciones que sin borrar su capacidad de obrar limitan su capacidad jurídica. Son categorías de personas en un situación semejante a la de los esclavos. Las situaciones son múltiples y de efectos diversos, entre otras podemos señalar:

1. Deudor insolvente desde el momento en que el magistrado lo entrega al acreedor hasta que se saldase su deuda o fuese vendido trans Tiberium.

2. Personas libre vendidas por su pater familias dentro de Roma o entregadas en reparación de un delito que cometieron. En las relaciones patrimoniales se le considera como esclavo.

3. Siervos del a Gleba (en el bajo imperio).

4. Gladiador que arrienda sus servicios jurando dejarse quemar, sujetar y morir con el hierro.

5. Ciudadano romano rescatado por un tercero mediante una cantidad de dinero. Sólo recuperara su antiguo status pagando al libertador lo que este dio por su rescate. Es una excepción al principio de que la responsabilidad es patrimonial y no personal.

Es necesario expresar que fuera de las causales mencionadas, existen otras. Así, la condición social o cargo impide celebrar ciertos actos jurídicos.

LA FAMILIA ROMANA

La familia romana, como ya dijimos, es un grupo de personas que viven sometidos al poder doméstico de un mismo pater familias. En otra perspectiva es un organismo jurídico-político, que comprende varias familias en el significado actual de la palabra.[201]

MODOS DE ENTRAR A LA FAMILIA AGNATICIA

1) **Por nacimiento:** Los hijos legítimos, es decir, los hijos habidos en matrimonio y los hijos legítimos de los varones sometidos a su potestad.
2) **Por legitimación:** Este medio se desenvolvió cuando la familia agnaticia había perdido su importancia. Adquieren la condición legal de legítimos, los habidos en concubinato:

   - Por el subsecuente matrimonio de sus padres.
   - Por rescripto imperial.
   - Por el hecho de adscribir al hijo ilegitimo a un órgano ciudadano (comicio) (Oblatiomen curiae)

   El concubinato es un hecho jurídico en el cual dos personas de diferente sexo, mantienen relaciones sexuales, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un genero de vida semejante a las unidas por vinculo matrimonial, faltando el affectio maritalis.

3) **Por matrimonio cum manu:** La mujer que contraía matrimonio cum manu, pasaba a formar parte de la familia de su marido, o de la familia del pater familia de su marido, si éste era alieni iuris.

4) Por adopción o arrogación: Acto por el cual un extraño queda agregado a una familia romana, sometiéndose a la patria potestad del pater como filiusfamilia, bien en situación de sumisión inmediata (como hijo), bien en sumisión mediata (como nieto). Si el extraño agregado era alieni iuris, tal situación se denominaba adopción; si era independiente sui iuris se denominaba arrogación.

LA POTESTAD

La potestad es el factor aglutinante del grupo familiar, vínculo que se caracteriza por ser netamente jurídico (no biológico), fundado en la idea de autoridad.

La potestad del pater familias recibe distintos nombres según el individuo sobre el que se ejerce:
Manus. Sobre la mujer casada cum manus

Patria Potestad. Hijos e hijas y demás descendientes por vía de varón y los adoptados y arrogados.

[201] En efecto, forman parte de esta familia romana todos los descendientes legítimos por línea de varón; cualquiera que sea su edad y posición social. También se justifica, porque pueden existir varias familias fundadas en el vinculo matrimonial al interior de la familia agnaticia y, por ultimo, porque el extraño por nacimiento que entraban a formar parte de la familia por adrogación, podía hacerlo llevando a todo su grupo familiar.

Mancipium.(Derecho antiguo) poder que se detentaba sobre otro hombre libre que le había sido entregado in mancipi por haber cometido delito o para garantizar una obligación.

Dominica Potestad. Poder del pater sobre los esclavos.

A estas personas sometidas a la potestad de un pater se les denomina alieni iuris y el pater es sui iuris.

Condición jurídica de los sui y de los alieni iuris

> En el derecho privado, en principio, sólo los sui iuris tienen plena capacidad o personalidad jurídica. Por eso se ha dicho, que el derecho privado romano, durante su época verdaderamente romana es el derecho de los paterfamilias, criterio que fue variando con el paso del tiempo.

Para analizar la capacidad jurídica de sui iuris y alieni iuris hay que distinguir entre ius publicum y ius privatum.

- **IUS PUBLICUM**: No existe diferencia entre un sui iuris y un alieni iuris.

- **IUS PRIVATUM:**

A. **IUS CONUBII**: En principio lo posee el varón mayor de catorce y la mujer mayor de doce, los alieni iuris requieren la autorización del pater.

B. **IUS ACTIONEM:** En principio, los alieni iuris carecen de capacidad par intervenir en juicios como demandantes o demandados, pero con el tiempo, tratándose de los alieni iuri varones, se fueron estableciendo una serie de excepciones como consecuencia del reconocimiento de la capacidad obligacional y el establecimiento de los peculios.

C. **IUS COMERCIUM:** Los alieni iuris son hombres libres y ciudadanos romanos pero no tienen capacidad jurídica, de esta manera, estaban imposibilitados de adquirir la propiedad de cosa alguna y de ser titular de cualquier clase de derechos reales y tampoco podían ser acreedores o deudores pues carecen de patrimonio, pero al disponer de capacidad de obrar podían participar en cualquier acto jurídico conducente a la adquisición del dominio o de derechos reales, con excepción de la iure cessio y la adiudicatio. Los efectos patrimoniales de estos actos lícitos, según el ius civile determinaba que, en cuanto a las adquisiciones efectuadas por los alieni iuris se radicaban en el patrimonio del pater, pero, en cambio, no le afectan los actos lícitos efectuados por los alieni iuris que supongan la pérdida de un derecho o que implique el nacimiento de obligaciones.

Los alieni iuris no pueden otorgar testamento por carecer de patrimonio pero pueden adquirir herencias y legados con la autorización del pater, pero lo adquirido pasa a manos del aquel, sin perjuicio de las excepciones que surgen del reconocimiento del peculio adventicio.

La situación de los alieni iuris sufrió atenuaciones importantes, constituyendo una importante modificación la introducción del peculio y la creación de las actiones adiecticia qualitatis. La introducción de los peculios dio lugar a una cierta autonomía de los hijos de familia. El pater podía entregar una cierta cantidad de bienes al

hijo siendo este quien los administra y el pater dueño (peculio profecticio). El peculio profecticio abre la vía para llegar a terminar con la incapacidad de obrar de los alieni iuris, pues si bien los bienes pertenecen al pater, en la práctica el peculio es estimado como bien propio del hijo y le proporciona a este una clara independencia económica.

El principio del ius civile en virtud del cual el pater aprovechaba las utilidades de un negocio celebrado por el hijo, pero no respondía por las deudas o pérdidas, conducía a situaciones de injusticia, especialmente para aquellos casos en que el hijo de familia actuaba con autorización expresa o tácita del pater. Esto determinó la intervención de los pretores, los que crearon una serie de acciones procesales llamadas Actiones Adiectitia Qualitatis, o acciones de cualidad agregada.

PATRIA POTESTAD.

La Patria Potestas, es el poder absoluto que el pater familia se ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados.

.La patria potestas es la expresión mas acabada de la estructura autoritaria de la familia del periodo arcaico y tenia carácter absoluto, si bien fue progresivamente moderada en su ejercicio por consideraciones religiosas y éticas. Es una institución de cuya exclusividad fueron los romanos plenamente sabedores. La evolución de las costumbres y la propia transformación de la familia hizo de la patria potestas, en época clásica, una institución central para entender la vida jurídica privada pero sin los perfiles extremos que la caracterizaron en su origen.

ADQUISICION DE LA PATRIA POTESTAD

El nacimiento y la adopción son las dos formas reconocidas de adquisición de la patria potestad. El hijo legitimo, es decir, el concebido en justas nupcias, entra en la potestad de su padre natural si este es sui iuris, o bajo la del abuelo si es éste el pater familias, que tiene bajo la patria potestas al padre 'natural'. El derecho romano no reconoció una prueba de la paternidad legitima, pero servia a esos efectos la presunción avalada por la legitimidad del matrimonio. [202]

Tampoco conoció el derecho clásico una regla precisa respecto al tiempo de la concepción, pero se reputa legitimo el nacido a los seis meses de la celebración del matrimonio o dentro de los diez posteriores al divorcio o a la muerte del padre[203]. El cálculo temporal basado en 182 días mínimos de gestación, fue formulado por Hipócrates y admitido en la tradición romana.

La legitimación de un hijo nacido dentro del tiempo previsto, dependía del reconocimiento paterno, pero no se conoce un procedimiento de legitimación de hijos ilegítimos, fuera de la adopción. En caso de negarse el padre a reconocer un hijo, disponía el Pretor de un 'praeiudicium' para obligarle: El Senadoconsulto Planciano, de

[202] Nuestra legislación establece que la filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo.

[203] Nuestra legislación dispone que de la época del nacimiento se colige el de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de 180 días cabales, y no mas de trescientos contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento.

época de Vespasiano, y otro Senadoconsulto de época de Adriano favorecieron a las mujeres casadas y a las divorciadas, para que pudieran exigir del marido el reconocimiento de sus hijos.

LA ADOPCION: Es el acto por el cual un extraño -alieni iuris- queda agregado a una familia romana, sometiéndose a la patria potestad del pater, como filiusfamilia, bien en situación de sumisión inmediata (como hijo) bien en sumisión mediata (como nieto).Formalidades y requisitos de la adopción.

Las formalidades se desarrollaban en dos fases:

1) Una en que el alieni iuris era liberado de la patria potestad a la que estaba sometido, por una triple venta, (mancipium).
2) Una segunda consistente en una in iure cessio, en la que el nuevo pater simulaba reivindicar su derecho de patria patestad, como si le perteneciera de antemano.

Dentro de los requisitos era indispensable la voluntad de ambas partes.

Efectos

Los efectos de la adopción son los de una capitio deminutio minima, el adoptado pasa de una familia a otra, variando de nombre, derechos hereditarios, etc.

La adopcion en el derecho justinianeo

La adopción, se verificaba mediante una comparecencia ante el magistrado. Los requisitos de la adopción, buscaron además, cierta semejanza con la paternidad natural, así, se exigía que el adoptante tuviera 18 años más que el adoptado; el consentimiento del adoptado; no podían adoptar los castrados, etc.

Se distinguió ademas, entre:

1) **Adopcion plena:** La hecha por un ascendiente consanguíneo (paterno o materno) del adoptado. Producía los efectos de la adopción antigua, es decir, la capitis deminutio mínima y la sumisión a la patria potestad del adoptante.
2) **Semiplena:** La hecha por otras personas que las nombradas. Su efecto fundamental es darle al adoptado el derecho de heredar abintestato al adoptante.

LA ARROGACION: Es el acto jurídico bajo en cual un sui iuris entra bajo la potestad de un pater familias, en posición de hijo. Como explica Gayo, en la practica antigua se exigía una petición, del arrogante y el arrogado dirigida a los *comitia curiata*, solicitando su conformidad para cumplir la arrogación. En época republicana, dicho acto fue substituido por una formalidad efectuada ante 30 *lictores*, representantes de las 30 curias.

Con la arrogación el arrogado dejaba de ser *sui iuris* para entrar como hijo, bajo la potestad del arrogante. Su propia familia entraba con él en la nueva familia *agnaticia*; igualmente su patrimonio y los derechos transmisibles de que fuera titular, pasaban al dominio del arrogante. Se extinguía también por la arrogación las deudas y obligaciones del arrogado, que los deudores podían hacer valer mediante una *in tegrum restitutio* por *capitis deminutio*.

Justiniano, dispuso una serie de medidas. No se permite arrogar:

1) A quien no haya cumplido 60 años, salvo excepciones.
2) A quien ya tenga hijos.
3) A un pobre respecto de un rico, salvo excepciones.
4) A los tutores respecto de los pupilos.
5) Al padre natural respecto de los hijos habidos de concubina.

Por otro lado dispuso, que los bienes del arrogado quedaban constituidos en peculio.

PODERES DEL PATER FAMILIA

En su concepción primitiva abarcaba las siguientes facultades:

a) Ius vitae necisque (derecho de vida o muerte): constituye la expresión extrema del poder absoluto del pater familias. El abuso de esta facultad, sin el pronunciamiento de un iudicum domesticum sobre la culpabilidad del filius familias, fue reprimido con una sanción sacral. La abolición de este rasgo brutal de la patria potestas se dio formalmente en el siglo IV con Constantino, aunque de hecho hubiera desaparecido mucho antes.
b) Ius vendendi (derecho de venta): por medio de la mancipiato podía el pater familias vender a sus hijos que quedaban bajo del poder del accipiente en una situación denominada in mancipio, en la que, conservaban la libertad y sólo podían liberarse por la manumissio, que les hacia recaer en la patria potestas.

c) La aplicación de una triple venta, cuya finalidad era la extinción del poder familiar, estaba prevista ya en la ley de las XII tablas: la mancipatio de los filii familias se conserva en época clásica como tramite en la adopción, la emancipación y la noxae deditio.

d) Ius exponendi (derecho de exposición): consiste en la facultad de exponer o abandonar a los recién nacidos, que podían entrar in mancipio de quien los recogiera y educara.

Desde el punto de vista patrimonial, los efectos de la patria potestad son especialmente relevantes en el ámbito del derecho privado, ya que los filii familias carecen de plena capacidad jurídica. En el derecho publico, en cambio, la patria potestad no limita la actividad de los sometidos a ella, de modo que, una vez alcanzada la edad adulta, podían votar en las asambleas populares, ser magistrados o senadores, lo que no deja de ser paradójico.

En el ámbito privado, puede realizar actos jurídicos, en virtud de su capacidad de obrar. Sin embargo, los efectos de estos actos lícitos se radicaban en el patrimonio del pater, cuando implicaban un beneficio o utilidad para el pater; en cambio, no le afectan cuando suponen la pérdida de un derecho o el nacimiento de obligaciones.

La situación de los alieni iuris sufrió atenuaciones importantes, constituyendo una importante modificación la introducción del peculio y la creación de las actiones adiecticia qualitatis.

PRINCIPALES ACTIONES ADJECTITIA QUALITATIS

Las acciones de cualidad agregada son acciones pretorias, con transposición de persona, que el magistrado prometía en su edicto y ejercitables contra el pater familia, por aquellos que resultasen acreedores en negocios jurídicos celebrados con el esclavo o hijo de familia. Son acciones que se agregan a otra acción:

1) Una de ellas (la de cualidad agregada propiamente tal) en que se persigue la responsabilidad del pater y,
2) Otra que queda en suspenso en espera de que el hijo de familia salga de la patria potestad; acción que emana de la fuente generadora de la obligación. Vgr. Contrato de compraventa.
3) La obligación contractual en que el esclavo resulte deudor, continua siendo natural, aunque el esclavo se haga libre.

Las principales son:

1. **ACTIO QUOD IUSSU**: Hace responsable al pater de la totalidad de las deudas contraídas por el hijo de familia cuando el pater había autorizado el negocio. Se consideraba como si se hubiera contratado con el pater.

2. **ACTIO EXCERCITORIA**: Hace responsable al pater de las deudas contraías por un hijo o esclavo a quien el pater o amo había puesto al frente de un negocio marítimo como armador o al frente de una nave como capitán. Se hace responsable por la totalidad de las deudas y se consideraba como si se hubiera contratado con el pater o amo.

3. **ACTIO INSTITORIA**: Se aplicaba para el evento de que el pater o el amo hubiese encomendado a su hijo o esclavo un negocio terrestre, comercio o industria. Se hace responsable por la totalidad de las deudas y se consideraba como si se hubiera contratado con el pater o amo.

4. **ACTIO DE PECULIO E IN REM VERSO**: Cuando el pater otorga peculio profecticio, el pretor le hacía responsable de las deudas que este contrajera por la realización de negocios, hasta el importe del peculio o hasta el monto del incremento que su patrimonio habría experimentado por efecto de tal negocio.

Se trata de una sola acción con dos condenas alternativas:

De Peculio: El pater es responsable en los límites del peculio.

In Rem Verso: Se determinaba una responsabilidad en la medida del enriquecimiento patrimonial que experimentaba como consecuencia de los negocios realizados por el hijo.

Estas actiones adiecticia qualitatis con el correr del tiempo se extendieron a personas que no están do sometidas a potestad actuaban en nombre de otro.

LOS PECULIOS

Si bien a los alieni iuris no se les reconoce aptitud de ser titulares de derechos, sí se les reconoce acierta capacidad de hecho, pero todos los actos que celebran aprovechan al pater familias. El rigor de este principio fue atenuándose y así, el hijo de familia pudo tener un peculio.

PECULIO: Cierta cantidad de bienes cuya administración y/o dominio corresponde al hijo (o al esclavo en ciertos casos). Los peculios se clasifican en:

1- Peculio Profecticio. Consiste en una cierta cantidad de bienes o dinero que el padre entrega a un hijo o a un esclavo para que este goce de ella y la administre, pero no puede disponer de esos bienes (el dueño continua siendo el pater). Es esencialmente revocable y a la muerte del hijo los bienes retornaban automáticamente al patrimonio del pater. Cuando el hijo se emancipa, el pater recupera los bienes, pero si el hijo continua en posesión del peculio, puede llegar a adquirirlo por usucapión. Si bien en un principio el pater no respondía por las deudas contraídas por el hijo, el pretor y la jurisprudencia admitieron que fuera responsable por estas dentro del monto del peculio o en la medida del enriquecimiento.

2- Peculio Castrense. Constituido por los bienes que el hijo adquiría en su condición de militar. Su origen se encuentra en el afán de los emperadores de fomentar el servicio militar, Augusto permitió a los hijos de familia disponer por testamento de los bienes adquiridos por el en la guerra, pero sólo podía hacerlo mientras fuese soldado, pero luego Adriano eliminó esta limitación. Justiniano estableció que en caso de morir sin testar estos bienes no pertenecían a los ascendientes sino a los descendientes. En los que respecta a este peculio el hijo de familia se reputa sui iuris, teniendo el dominio de los bienes que lo componían, el pater no puede pretender ningún derecho salvo los sucesorios de acuerdo a las reglas generales.

3- Peculio Cuasi Castrense. Corresponde a lo que el hijo adquiere en el ejercicio de un cargo público eclesiástico o por donaciones del emperador. Está completamente asimilado al peculio castrense, salvo en que no puede disponer de él por testamento, limitación eliminada por Justiniano.

4- Peculio Adventicio o Bona Materna. Constituido por todo lo que el hijo adquiere de su madre, abuelos maternos y en general, de cualquier forma que no sea del padre o en calidad de castrense o cuasi castrense. Sobre estos bienes el hijo tiene el dominio y el padre la administración y el usufructo; derecho que no tiene si el constituyente del peculio lo prohibe expresamente. Si bien el hijo es el dueño, no puede disponer de estos bienes por acto entre vivos sin consentimiento del pater y era incapaz de testar. En su origen el peculio adventicio, en caso de muerte del hijo pasaba al pater, pero Justiniano dispuso que estos se distribuyeran según las reglas de derechos sucesorio. Solía ocurrir que el padre no emancipara al hijo para conservar el usufructo, lo que se trato de evitar permitiendo que el padre retuviera el usufructo de un porcentaje de los bienes.

Así, a la época de Justiniano el régimen de peculios se resume:

Pertenecen en propiedad del hijo todos los bienes no procedentes del pater, con excepción de los comprados con dinero paternos o los donados al hijo en consideración al pater. Respecto de estos bienes el pater tiene la administración y usufructo, salvo que por disposición legal u otra causa se hubiese excluido al pater de la administración y el

goce. Siguen siendo propiedad del pater, los bienes que este entrega al hijo, los que este adquiere con los bienes que el pater le suministra y los que son donados al hijo en consideración o gratitud al pater.

Causales de término de la Patria Potestad

A.CAUSALES FORTUITAS.

1. Muerte natural o jurídica del paterfamilias.
2. Muerte del hijo.
3. Capitis diminutio mínima del pater.
4. Diversas causales (ej. Cuando el hijo asumía ciertos cargos o dignidades, cuando la hija asume los votos vestales o se casa cum manus)

B.CAUSALES VOLUNTARIAS.

1. Entrega de un hijo en adopción, o en caso de una conventium in manus tratándose de una mujer.
2. Por emancipación.

La EMANCIPACIÓN es un acto jurídico unilateral en virtud del cual el pater familia libera a un alieni iuris de su potestad, dejándolo en condición de sui iuris.

Requisitos para que opere la emancipación.

1. Voluntad del pater. En general, la mancipatio sólo depende de la voluntad del pater, pero en ciertos casos, podía obligársele a emancipar al hijo, por ejemplo, cuando lo maltrataba o corrompía, si lo abandonaba, cuando aceptaba una herencia bajo condición de emancipar al hijo, o bien cuando un hijo adoptado siendo impúber, ya púber lo solicitaba. El pater podía emancipar a un hijo sin emancipar al nieto y viceversa.

2. Formalidades.

a) EMANCIPACIÓN ANTIGUA O CLÁSICA: El pater enajena al hijo a una persona de su confianza, con el compromiso de manumitirlo, valiéndose de tres mancipatios fiduciarias, para que luego de la última el adquirente lo manumitiera, quedando en calidad de sui iuris, tratándose de hijas y nietos bastaba una sola mancipación. Con la tercera mancipatio se producía la ruptura de la potestad, y el tercero adquiría el derecho de patronato, tutela y sucesión. Para evitar esos efectos, el coemtionator se obligaba mediante un pacto de fiducia a remanciparlo al pater para que este fuera quien lo manumitiera y así correspondieran a é los derechos mencionados.
b) EMANCIPACIÓN ANASTASIANA: En el año 502 se simplifica el procedimiento, estableciendo que el padre debía dirigirse al emperador solicitándole la emancipación del hijo, la que este declaraba, si aceptaba, mediante un rescripto.
c) EMANCIPACIÓN JUSTINIANEA: Se efectuaba ante un magistrado, ante el cual concurrían el pater y el hijo. El pater le solicitaba la emancipación del hijo, de lo cual el magistrado tomaba nota.

Efectos de la emancipación.

1. El hijo alieni iuris se convierte en sui iuris.
2. En el antiguo derecho el hijo deja de ser agnado de su padre pero avanzado el derecho clásico el parentesco agnaticio se conserva. A la época justinianea esto pierde toda importancia puesto que lo considerado para efectos sucesorios y derechos de los hijos es el parentesco cognaticio.
3. Al pasar a ser sui iuris adquiere capacidad jurídica plena.
4. El hijo conserva el peculio profecticio si el padre no solicita su restitución. En posesión eso y no en propiedad, por lo que puede llegar a adquirir estos bienes por usucapión. En lo referente al peculio adventicio, a la época de Justiniano el padre conserva el usufructo de la mitad de los bienes que lo integran.
5. En el caso de la emancipación clásica, el padre queda en condición de patrono y por tanto con derechos en la sucesión del su hijo en caso de no hacer este testamento y además tiene derecho a ser su tutor legítimo si es impúber y en todo caso cuando se trata de una mujer.

EL MATRIMONIO

<u>Conceptos:</u>

Ulpiano: Unión del varón y de la hembra que implica plena comunidad de vida.

Modestino: Unión del varón y de la hembra que conlleva tanto compañía para toda la vida como comunicación del derecho divino y humano.

Justiniano (Institutas): Las nupcias son la unión entre el hombre y la mujer con la intención de continuar la vida en común.

El matrimonio en Roma, es una situación de hecho que consiste en la unión de un hombre y una mujer, que se inicia y mantiene por la affectio maritalis, es decir, la voluntad libre de los cónyuges de ser marido y mujer. Este affectio marital tiene en el derecho romano una connotación ética, ya que se refiere a las consideraciones y respeto mutuo que se deben los cónyuges.

Se conceptualiza también como la cohabitación de personas de distinto sexo, con la intención de ser marido y mujer, de procrear y educar a sus hijos y constituir entre ellos una comunidad absoluta de vida.

Estas definiciones expresan más bien el matrimonio en los tiempos arcaicos o un ideal de la institución. Desde finales de la república y durante todo el imperio, el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer, esencialmente disoluble, que no conlleva casi nunca la potestad del marido sobre la mujer, ni hay entre ellos ninguna comunicación de derechos divinos y humanos.

IUSTA NUPTIAE: Matrimonio que está de acuerdo con las normas del Derecho Romano.

NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Este ha sido un tema discutido. Durante mucho tiempo se sostuvo que el matrimonio fue considerado por los romanos como un contrato, esto es, que surgía en virtud de un consentimiento con carácter contractualista, por considerársele cual acto inicial de voluntad del que se originaba un vínculo jurídico. En este sentido se llegó

sostener que los contratos pueden ser obligatorios y no obligatorios y que el matrimonio es de estos últimos Sólo a finales del siglo XIX surgieron criterios disidentes y así que el consentimiento que se exige en materia de matrimonio no puede entenderse como contractual, esto es, como creador de un vínculo que pudiese existir independientemente de su causa, siendo por tanto el matrimonio una simple situación de hecho que subsiste mientras se mantenga el consentimiento.

Se ha dicho que el matrimonio romano es un hecho social que se justifica y fundamenta en la existencia y permanencia de la affectio maritalis, es decir, no importaba un acto jurídico que nace por una declaración de voluntad, sino una situación de hecho fundada en la convivencia, cuyo comienzo no estaba marcado por una formalidad, a la que debe agregársele la affectio maritalis, esto es, la intención permanente y recíproca de tratarse como marido y mujer. De todas maneras, hay quienes insisten en considerar al matrimonio común contrato, que sólo exige que los contratantes sean capaces de consentir, que sea un consentimiento serio y no simulado y que no admite condición ni plazo. Otra parte de la doctrina identifica el consentimiento que se da en el matrimonio con el que se da en los contratos de sociedad, señalando que el consentimiento es el único elemento esencial del matrimonio, que surge y persiste por este.

REQUISITOS DEL MATRIMONIO

Son estos la pubertad, el ius connubii, la ausencia de incapacidades y el consentimiento o affectio maritalis:

1- **PUBERTAD:** Se exige por ser la edad apta para procrear, exigencia explicada por el fin del matrimonio. Se sigue el criterio proculeyano de varones 14 años y mujeres 12 años.

2- I**US CONNUBII**: Capacidad o aptitud jurídica para contraer justa nupcia o legítimo matrimonio romano. Ambos contrayentes debían poseer Ius connubii . En los inicios sólo gozaban del ius connubi los ciudadanos romanos libres, luego se fue concediendo a otras personas y con la Constitución de Antonino Caracalla sólo carecen de él los esclavos y bárbaros.

3- **CAPACIDAD o ausencia de impedimentos para contraer matrimonio:** Circunstancias en razón de las cuales el ordenamiento jurídico prohibe el matrimonio. La teoría de los impedimentos no es romana sino que surgió al amparo del derecho canónico. Distingue entre:

1) **impedimentos absolutos**: aquellos que imposibilitan que alguien contraiga matrimonio con cualquier persona.
2) **impedimentos relativos**, aquellos que imposibilitan que alguien contraiga matrimonio con ciertas y determinadas personas.

Son impedimentos absolutos:

a) **Impubertad.**
b) **Castración:** Establecida en época tardía. En el derecho Romano tenían impedimento absoluto los castrados y esterilizados, aunque no los que nacían impotentes.
c) **Vinculo matrimonial no disuelto.**
d) **La Viuda antes que transcurriera el año de luto:** Esto para impedir la incertidumbre de paternidad.
e) **Demencia.**

Son impedimentos relativos:

a) **Parentesco:**

Se impedía el matrimonio en toda la línea recta.

En la línea colateral no siempre se aplicó un mismo criterio. Primitivamente llegaba hasta sexto grado, más adelante hasta el cuarto grado, luego al tercer grado (tíos y sobrinos). Constantino restableció las cosas al estado anterior.

En lo referente al parentesco por Afinidad, no podían celebrar justa nuptia la madrastra viuda o divorciada con su hijastro, el padrastro viudo o divorciado con su hijastra, la suegra y el yerno, el suegro y la nuera, y con el cristianismo, se prohibió el matrimonio ente cuñados.

Se prohibe el matrimonio entre adoptante y adoptado y entre el adoptante y la mujer se su hijo adoptivo.

Justiniano prohibió el matrimonio entre padrino y ahijada, en razón del vínculo espiritual.

b) **Diversidad de religión**. El derecho romano pagano no estableció prohibiciones de esta índole. Con el Cristianismo se prohibió el matrimonio entre cristianos con herejes y judíos.

c) **Posición social y cargo.** El derecho primitivo prohibía el matrimonio entre plebeyos y patricios, lo que se eliminó el año 445 a.C. con la Ley Canuleia. Se impedía el matrimonio entre libertos e ingenuos, situación en parte remediada por las leyes Julia y Papia Popea en la época de Augusto, las que restringían la limitación a la clase senatorial, lo que desapareció con Justiniano.

En relación al cargo se prohibe matrimonio entre quien ejerciera un cargo de importancia en provincia y mujer que por origen o domicilio perteneciera a esa provincia. Cuando hubiera terminado el ejercicio del cargo podían casarse. Las personas de rango senatorial y sus hijos no podían casase con personas que ejercieran ciertas profesiones, lo que fue abolido por Justiniano.

d) **Tutela y curatela.** El tutor o curado y sus descendientes no podían casarse con la pupila antes de rendir cuanta de la administración de sus bienes y sólo después de terminada la guarda.

e) **Adulterio y rapto.** La ley Julia Adulteris prohibió el matrimonio entre el adúltero y su cómplice. Posteriormente se prohibió el matrimonio entre el raptor y la raptada.

4.- **EL CONSENTIMIENTO**

El consentimiento o affectio maritalis, constituye la voluntad de ambos contrayentes, la cual debe ser inicial y permanente. Si los contrayentes son hijos de familia, se requiere el consentimiento del pater el cual es sólo inicial. En época de Augusto, si el pater negaba el consentimiento a una hija de familia, se podía acudir al magistrado, lo que no era posible cuando se trataba de un hijo.

LA CONVENTIO IN MANU

Es uno de los modos de entrar a formar parte de una familia agnaticia romana, respecto de la mujer del pater o de las mujeres de los sometidos a su potestad.

LA CONVENTIO IN MANUS

Es una de las manifestaciones del poder del pater, en cuya virtud, la mujer que entra a formar parte en la familia agnaticia del marido queda bajo la potestad del pater, dejando de pertenecer a su familia agnaticia originaria. Si su cónyuge era el pater ocupaba el lugar de hija (loco filiae) o de nieta (loco neptis) si su marido estaba bajo potestad paterna. Para contraer matrimonio cum manus, la mujer sui iuris requiere autorización del tutor, o del pater si es alieni iuris.

Primitivamente el matrimonio necesariamente conllevaba la adquisición de la manus, pero a partir de las XII tablas se reconoce al matrimonio sine manus, los que terminaron por prevalecer, los matrimonios con manus desaparecen en el siglo III d. C.

Modos de adquirir la manus.

CONFARREATIO: Ceremonia religiosa solemne propia de los patricios que consistía en un sacrificio en el que se ofrecía a Júpiter una torta de harina, al tiempo que los contrayentes pronunciaban ciertas palabras sagradas sentados sobre la piel de una res que acababa de ser sacrificada. Para destruir la manus así creada era necesaria una ceremonia análoga, la disfarreatio.

COEMPTIO: Es una adaptación de la mancipatio. Consistía en que en presencia del librepens (persona que portaba una balanza) y de cinco testigos, el marido golpeaba la balanza con una moneda de cobre que entrega luego al que aparece simbólicamente como vendedor de la mujer (pater familias o tutor), intercambia algunas palabras con este, y luego preguntaba a la mujer si quería formar parte de su familia. Para extinguir la manus así adquirida debía realizarse un remancipatio. La compito desapareció a comienzos del Imperio.

USUS: En caso de que no se adquiriera la manus en el momento de celebrarse el matrimonio, esta podía adquirirse por el usus, la forma menos solemne de adquisición de la manus, que vendría siendo una especie de Usucapión o prescripción adquisitiva, esto es, por haber estado la mujer un año continuo bajo la dependencia o posesión del marido. Para impedir que el marido adquiriese la manus la mujer tenia la tricnoctii usurpatio, que consistía en que antes de cumplido un año, esta dormía tres noches seguidas en la casa de su pater, con lo cual interrumpía la usucapión. Para extinguir la manus adquirida por usus, se debía proceder por el pater familias a una remancipatio de la mujer a un tercero, el que la manumitía luego. El usus desapareció a comienzos del Imperio.

Consecuencias jurídicas del matrimonio

La principal consecuencia jurídica del matrimonio es ser la base de la filiación legitima. Pero, por si el matrimonio no produce cambios en la capacidad de la mujer ni en su patrimonio. Es decir, no producía alteración alguna en orden a la anterior situación

agnaticia de los cónyuges; así el marido seguía perteneciendo a su familia como alieni iuris si lo era y la mujer a la suya y; como la agnación se transmite solo por línea de varón, los hijos pertenecerán a la familia del padres.

Por lo tanto, lo que determina un cambio en la situación jurídica y patrimonial de la mujer, no es el matrimonio, sino que la conventio in manu. Por lo tanto, s necesario distinguir entre matrimonio cum manus y matrimonio sine manus, para determinar sus efectos. Sin perjuicio de esto, existen algunos efectos jurídicos independientes de la manus. El matrimonio establece entre los cónyuges una societas vitae que determina los siguientes efectos:

1) Los cónyuges se deben mutua fidelidad.
2) El marido tiene derecho de perseguir con la actio in iuriarum las ofensas infligidas a la mujer.
3) Los cónyuges no pueden ejercer el uno contra el otro acciones que conlleven pena infamante.
4) El marido tiene derecho a exigir que la comunidad conyugal de vida sea respetada por todos.
5) Mario y mujer deben cohabitar y la mujer tiene por casa a la del marido, siendo ese su domicilio. La mujer estaba obligada a seguirlo siempre, a menos que él se hiciese reo de algún delito.
6) El marido tenía que dar protección a la mujer.
7) Entre los cónyuges procede el beneficio de competencia.
8) El marido, independiente de la manus, detentaba la potestad marital, por lo cual la mujer estaba en una situación de sumisión. La mujer adquiría el nombre y la dignidad del marido, que conservaba aunque quedara viuda, mientras no se casara nuevamente.

EFECTOS DEL MATRIMONIO CUM MANUS

Respecto de la persona de la mujer.

1. La mujer sale de su familia agnaticia e ingresa a la familia agnaticia de su marido.
2. Es considerada hija de su marido o del pater familias, jurídicamente, en considerada hermana de sus hijos (loco filiae o loco neptis)
3. La manus potesta se traduce en un poder no tan absoluto como la patria potestad, puesto que el marido no tiene poder de vida y muerte sobre su mujer.
4. El marido debe protección a la mujer y debe representarla en juicio.

Respecto de los bienes de la mujer.

1. Todos los bienes que la mujer tenia al momento de casarse, o los que adquiera durante el matrimonio pasan a dominio del marido o pater.
2. Todas las deudas de la mujer anteriores al matrimonio se extinguen por la capitis diminutio que esta sufre, lo cual se prestaba para fraude, por lo que el pretor intervino concediendo a los acreedores una acción especial, una in integrum restitutio, en virtud de la cual se tenia por no celebrada la conventium in manus en lo referente a los bienes de la mujer.
3. Durante el matrimonio la mujer no puede obligarse contractualmente por ser alieni iuris.
4. La mujer tiene derechos sucesorios sobre los bienes del marido.

EFECTOS DEL MATRIMONIO SINE MANUS

Respecto de la persona de la mujer

1. La relación entre marido y mujer es de comunidad, de coordinación y no de subordinación, sin perjuicio de que la mujer de todas maneras esta bajo la potestad marital.

2. La capacidad de la mujer no varía. Permanece sui iuris o alieni iuris, según fuera su condición antes del matrimonio.

Respecto de los bienes de la mujer

1. Los bienes de la mujer, adquiridos antes o durante el matrimonio eran de su propiedad. En todo caso, se presume que durante el matrimonio los bienes eran adquiridos por el marido (presunción musiana), y quien alegara lo contrario debía probarlo.
2. Subsisten las deudas u obligaciones contraídas por la mujer antes del matrimonio.
3. La mujer podía disponer de sus bienes en la misma forma que lo hacía antes del matrimonio. Pero puede confiar a su marido la administración de todos o parte de sus bienes lo que ordinariamente se haría bajo inventario. Estos son los Bienes Parafernales, y correspondían a los que no se incluían en la dote. La mujer podía recuperar estos bienes cuando se cumplían los requisitos para ser devueltos y en caso de que el marido se negara a devolverlo, existían las acciones procesales de mandato y de depósito para exigirlos.
4. Tardíamente se acepta que el cónyuge sobreviviente heredaba al pre muerto.
5. Se prohiben las donaciones entre cónyuges.
6. El marido tiene la obligación de procurar a la mujer los medios de subsistencia necesarios y de soportar las costas de la vida en común.

LA DOTE O REGIMEN DOTAL

Conjunto de bienes que el pater, la mujer u otra persona a nombre de ella se entregan al marido para contribuir a sostener las cargas del matrimonio.

En Roma, se consideró la dote, en principio como un conjunto de bienes que se le entregaban a la mujer para compensar, en parte, la perdida de los derechos sucesorios, cuando la mujer contraía matrimonio cum manu.

Posteriormente, el sentido de la dote varió y los bienes que la integraban se consideraron como pertenecientes al marido. Sin embargo, pesaba sobre éste la obligación de restituirlos al término del matrimonio, debido a que estaban destinados a la subsistencia de la mujer después del matrimonio.

CONSTITUCIÓN DE LA DOTE

Según quien la constituye se clasifica en:

DOTE PROFECTICIA: Constituida por el padre de la mujer o algunos de los ascendientes paternos.

DOTE ADVENTICIA: Constituida por la madre de la mujer o alguno de sus ascendentes maternos o por un tercero.

Existen diversas formas de constituir la dote:

A. **DATIO DOTIS:** Por la entrega inmediata de los bienes al marido, el que para adquirir el dominio de estos debía valerse de una mancipatio o una in iure cessio (venta simbólica y juicio reivindicatorio simbólico propios del ius civile)

B. **PROMISSIO DOTIS**: El constituyente se obliga a dotar sin existir entrega. Esta se efectuaba verbalmente y tenía dos modalidades:

1. **Dictio Dotis**. Contrato verbis mediante el cual el que constituía la dote se obligaba a dotar a la mujer. Sólo podía hacerlo antes del matrimonio.
2. **Promissio Dotis.** Tenía la forma de una estipulatio pero era un simple pacto, pues no estaba dotado de acción para exigir su cumplimiento. Podía constituirse antes y después de la celebración del matrimonio.

Durante el derecho justinianeo se admite la constitución tácita de la dote, que se produce cuando la mujer, luego de divorciada, vuelve a contraer matrimonio con el antiguo marido, sin haber obtenido la restitución de la que le fuera conferida a éste con ocasión de las primeras nupcias. Finalmente en la última época se estiló la constitución de la dote mediante escritura.

SITUACIÒN DE LOS BIENES DOTALES

En un principio los bienes pasaban a propiedad del marido. Se trata sin embargo, de un dominio bastante sui generis, pues pesa sobre el marido la obligaicon de restituirlos al término del matrimonio. Con el tiempo y por el numero de divorcios, se hizo costumbre que el marido al recibir la dote prometiera mediante estipulación restituirla en caso de divorcio, y por otra parte, a fines de la República se considera que el marido es sólo usufructuario de la dote y se crea la actio rei uxoriae, para que la mujer pidiese la restitución. De todas maneras es necesario, para precisar la situación de los bienes dotales distinguir entre:

1) La dote durante el matrimonio

los derechos del marido en la dote eran:

a) Los inmuebles dotales itálicos y provinciales no podían ser enajenados, esto es, vendidos o hipotecados., aunque la mujer consintiera.
b) Los inmuebles dotales itálicos y provinciales podían ser vendidos o hipotecados si habían sido estimados, y en caso de disolución del matrimonio debía devolverse el valor de estimación.
c) Los bienes dotales muebles podían ser enajenados, señalándose por algunos que el dominio del marido sobre estos era perfecto.

2) la dote al término del matrimonio.

En una primera época, por ser los bienes dotales de propiedad del marido la disolución del matrimonio no afectaba su situación, pero a partir de la época clásica, en la mayor parte de los casos el marido tenia la obligación de restituir los bienes dotales al constituyente de la dote, restitución que en un principio se establecía al constituirse

mediante cláusula de restitución, dando lugar a la DOTE RECEPTICIA, cuestión que finalmente se convirtió en norma legal para el evento de muerte del marido o divorcio por causa no imputable a la mujer.

Justiniano, para garantizar la restitución, concedió a la mujer una hipoteca tácita y privilegiada sobre los bienes del marido, desde la fecha de constitución de la dote, que prevalecería por sobre todos los acreedores del marido. Este goza del beneficio de competencia por lo que no puede ser condenado a devolver más allá de los limites de su activo patrimonial.

En ciertos casos, el marido podía retener pater de los bienes dotales, por ejemplo:

1- En los casos de divorcio por culpa de la mujer.
2- Cuando el marido enviudaba y tenía un cierto número de hijas.
3- Por concepto de los gastos útiles que tiene el marido.
4- Por cosas que hubiera sustraído la mujer.
5- Por inmoralidades graves y leves que hubiera cometido la mujer, por ejemplo, en el adulterio, en un principio el marido tenía derecho a conservar toda la dote pero luego se limito a un sexto.

En virtud del dominio aparente del marido, los bienes que integran la dote deben ser restituidos al término del matrimonio, restitución que se logra a través de dos acciones:

1) **La actio ex estipulatio:** acción de derecho estricto, que se utiliza cuando el marido mediante estipulación se obligó a restituir los bienes dotales. Es una acción transmisible activa y pasivamente a los herederos.

2) **Actio rei uxoriae:** Es una acción de buena fe, que se utiliza cuando no hay estipulación, tiene las siguientes características:

- En un caso no se transmite a los herederos: cuando la constitucion de la dote la realizó la mujer y el matrimonio termina por muerte de la mujer, en este casos sus herederos no pueden pedir restitucion. Ahora, si el matrimonio termina por muerte de la mujer y el constituyente de la dote fue el pater, y le sobrevive, puede pedir la restitucion.
- Si el marido ha realizado alguna asignacion testamentaria a favor de la mujer o le ha dejado un legado, la mujer debe optar entre la asignacion hereditaria y el ejercicio de la accion, en virtud del edicto alterutro (lo uno o lo otro).
- Para la restitucion, en virtud de esta accion, el marido goza del beneficio de competencia.

En los tiempos de Justiniano, se debe distinguir la causa de disolución del matrimonio. Así si esta se produce por muerte de la mujer, la dote adventicia pasa a sus herederos y la profecticia al ascendiente que la ha constituido si la mujer ha fallecido siendo filia familias, esto es hallándose bajo la potestad de aquel y faltando los herederos de la mujer. En cuanto a la acción para reclamar la dote Justiniano sólo mantuvo la acctio stipulatio, quitándole en este caso el carácter de estricto derecho.

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

Causales

1- Por muerte de uno o ambos cónyuges.
2- Por capitis diminutio máxima de uno o de ambos cónyuges. El ius postlimini no extinguía el efecto de la separación material de los cónyuges.
3- Por capitis diminutio media de uno o ambos cónyuges (pérdida del ius conubii) Justiniano elimino esto.
4- Por la incapacidad sobreviniente de uno o ambos cónyuges En principio la capitis diminutio mínima (emancipatio, adoptio y arrogatio) no afectan el matrimonio, salvo que de alguna manera cree un parentesco que lo transforme en insubsistente.
5- Por cesación de la affectio maritalis, voluntad de los cónyuges o divorcio.

DIVORCIO

Como la afecttio maritalis no solo rige el perfeccionamiento del matrimonio, sino también su permanencia, cesando esta debe cesar también el matrimonio. Esta terminación debe exteriorizarse, y así, se llama divortium la manifestación externa de cualquiera de los cónyuges, o de ambos de consuno en orden a poner fin al estado conyugal.

Naturaleza jurídica del divorcio. Es un hecho con efectos jurídicos, no un acto jurídico.

Formalidades. En la época antigua y clásica no se requieren formalidades y basta un declaración de cualquiera de los cónyuges, verbal o por escrito por medio de un nuncio, entre presentes o entre ausentes, lo mismo que cualquier conducta incompatible con la vida marital, por ejemplo el adulterio. La manus se disuelve por ceremonias similares a las que la crearon, así, por difarreatio o remancipatio. Los cónyuges sometidos a potestad no requieren autorización del pater para divorciarse, el que tampoco puede divorciarlos, salvo a la hija, excepción eliminada por Marco Aurelio. El divorcio era libre e incausado (aunque con el cristianismo se impusieron penas a los divorcios sin motivos legalmente tipificados)

LEGISLACION MATRIMONIAL DE AUGUSTO

A**. LEX IULIA DE MARITANDIS ORDINIBUS**.

Establece varias prohibiciones de contraer matrimonio entre personas de distinta condición, por ejemplo:

- Entre un ingenuo y cualquier mujer que trabaje en espectáculos públicos o que haga ganancia con el cuerpo.
- Entre senadores o sus descendientes por vía de varón hasta el tercer grado con libertino o libertinas y con los hijos o hijas de aquellas que ejercen artes reñidas con la moral.

B. **LEX PAPIA POPPAEA.**

- Establece la obligación de casarse a los varones mayores de 25 y menores de 60 y la las mujeres mayores de 20 y menores de 50.
- En caso de disolución del matrimonio los hombre debían casarse inmediatamente y las mujeres en un lapso de 18 meses, y las viudas en un plazo de dos años.

Fomenta la natalidad estableciendo beneficios, así:

- La ingenua con mas de 3 hijos y liberta con mas de 4 goza del ius liberorum.
- A los hombre, por cada hijo se descuenta un año de la edad requerida en ciertos cargos públicos.

- Se libera al hombre y la mujer de la obligación de contraer matrimonio y tratándose de un liberto podía ser liberado de la obligación de prestar servicios (por los hijos).

Los que permanecen solteros son sancionados en lo referente a sus derechos sucesorios, a menos de casarse dentro de los próximos cien días, al igual que los casados sin hijos o con uno solo, los que solo adquieren la mitad de las herencias y legados a su favor, correspondiendo la otra parte a otros herederos testamentarios o legatarios que tengan al menos un hijos y si no al fisco.

Para incentivar el matrimonio se impide al pater prohibir el matrimonio de sus descendientes in potestate y se declara nulo el juramento del liberto o liberta al patrono en orden a no casarse.

A. LEX IULIA DE ADULTERIS COERCENDIS.

- Tipifico los delitos de adulterium (la mujer que interviene en una relación sexual es casada) y de stuprum (relación sexual fuera de legitimo matrimonio, lo que no sucede cuando la mujer es esclava, liberta, prostituta, de baja condición social, anteriormente adultera o condenada en juicio publico)

CONCUBINATO

Es la unión estable entre un hombre y una mujer sin intención o sin posibilidad de ser marido y mujer.

En principio no produce efectos patrimoniales ni personales. Normalmente se daba cuando entre el hombre y la mujer existían diferencias sociales o bien en razón de un cargo que impedía la iusta nupcia, en todo caso, el concubinato era socialmente aceptado. Adquiere relevancia can el cristianismo, llegando a constituir una unión similar pero inferior al matrimonio.

Esta unión adquirió mayor elaboración con las leyes Iulia de adulteris y Iulia et Papia Papaea, las que, sin la intención del legislador, incentivaron el concubinato, pudiendo sostenerse que era la única forma posible de unión de libertos y personas de clase senatorial con libertos y mujeres sancionadas con tacha de infamia, sin violar las disposiciones de las mencionadas leyes. Como consecuencia de estas leyes estaba sancionado todo comercio con toda joven o viuda fuera de iusta nupcia con excepción del concubinato y entre las cuales no exista vinculo de parentesco, pero estaba sólo permitido entre púberes. No se puede tener sino una concubina, no puede vivir en concubinato una persona casada y no es posible que una mujer honesta en ingenua viva en concubinato (estrictamente debía ser condenada por stuprum, pero de hecho no recibía ninguna sanción).

El Digesto señala que se presume concubinato cuando se cohabita con una prostituta, una liberta ajena o una mujer de baja extracción. En cambio, si en una mujer honesta o ingenua se requiere una manifestación expresa del hombre para que no se admita la existencia de matrimonio legítimo.

Constantino les concedió a los hijos habidos en concubinato la calidad de naturales. Justiniano les confirió derechos alimenticios y hereditarios respecto de su padre. Este estableció además que se prohibía el concubinato con mujeres ingenuas y respetables y también que un soltero tuviera varias concubinas. La concubina de un

hombre no podía serlo de un descendiente de este, reputándose su infidelidad como adulterio.

PRINCIPALES EFECTOS DEL CONCUBINATO.

1- El padre no adquiere al potestad de los hijos, es jurídicamente desconocido.
2- Los hijos siguen la condición de la madre y son llamados hijos naturales.
3- A partir de Constantino podían ser legitimados.
4- Se les termino por reconocer derechos alimenticios y sucesorios respecto del padre.
5- Los efectos en cuanto a las personas y bienes de los concubinos son insignificantes. La mujer no goza del trato marital ni se le reconoce la condición social del concubina. En las Novelas se habría reconocido ciertos derechos sucesorios ab intestato a favor de la concubina.

MATRIMONIO SINE CONNUBII (Matrimonio del derecho de gentes)

Unión o convivencia entre hombre y mujer que carecieran del ius conubii. Aceptada por el derecho Romano, era plenamente válido pero no producía los efectos de la iusta nupcia. Podía convertirse en legitimo si adquirían el ius conubii. Los hijos son cognados de la madre y sus parientes, nacen sui iuris. Si un ciudadano demostraba haber ignorado que su mujer carecía de ius conubii al momento de efectuarse el matrimonio, este podía transformarse en iusta nupcia.

CONTUBERNIO

Era la unión entre una esclava y un esclavo o también al unión entre un hombre o mujer libre y un esclavo o esclava. En un principio no tenía reconocimiento jurídico, al ser los esclavos cosas, pero en el derecho clásico, al reconocerse la cognatio servil, se establecieron, tal como en el matrimonio ciertos impedimentos para contraer contubernio entre esclavos vinculados por lazos de consanguinidad. Los hijos nacidos de contubernio recibían la calificación de hijos spurios. El hijo sigue la condición de la madre.

LOS ESPONSALES

Es una promesa hecha por los novios o sus respectivos paterfamilias para la celebración de un futuro matrimonio, es la "mención y promesa de futuras nupcias" (Digesto).El contrato verbal y utilizado para perfeccionar la promesa se llama sponcio.

En os primeros tiempos, de no cumplirse la promesa por uno de los esposo, podía ejercerse la actio sponsalicia, por la que se daba lugar a una acción de daños y perjuicios que se traducía en el pago de una suma de dinero, pero no se podía exigir el cumplimiento de la promesa. En el derecho clásico los esponsales no daban acción, lo que no implica que no produjeran efectos jurídicos, y así existían requisitos.

CAPACIDAD. Los requisitos eran los mismos que para el matrimonio, pero se aceptaba la celebración entre impúberes infanta maiores y con al viuda antes de transcurrido el año de luto.

IMPEDIMENTOS. La celebración de esponsales constituyó un impedimento matrimonial. Se prohibía contraer nuevo esponsales antes de disolver la anterior promesa, bajo pena de infamia. Además se consideró adultera a la prometida que no era fiel.

OTROS EFECTOS JURÍDICOS:

ARRAS. En la época cristiana se impuso la costumbre de garantizar el cumplimiento de los esponsales mediante el establecimiento de arras(entrega de dinero o bienes), las que eran perdidas por quien las había dado y no cumplido la promesa, en tanto que el prometido que las había recibido debía devolver al principio el quadruplum y con Justiniano, el duplum.

REGALOS. Por influencia del cristianismo se estableció que los regalos que se les hacían a los prometidos eran a condición que el matrimonio se celebrara. Si esto no sucedía debían ser devueltos. En caso de no celebrarse el matrimonio por muerte de uno de los esposos, debía restituirse la donación por entero al sobreviviente o a sus herederos, a menos que hubiese mediado el beso esponsalicio, en cuyo supuesto se recobraba la mitad.

DISOLUCIÓN. Se disolvían por muerte, por capitis diminutio de uno de los prometidos, por haber sobrevenido a su celebración algún impedimento de matrimonio, por mutuo disenso y hasta por el desistimiento de uno solo.

TUTELAS Y CURATELAS

Las tutelas y curatelas se aplican a personas sui iuris, o sea, personas capaces para ser titulares de derechos y obligaciones, pero que sin embargo se encuentran en una situación que las imposibilita para ejercitar por si solas tales derechos y cumplir tales obligaciones. Por esta razón su patrimonio es puesto bajo guarda de otras personas designadas al efecto.

LAS TUTELAS

Esta institución sufrió en Roma, la evolución característica de todas las instituciones en el ámbito familiar. Así, se entendió en sus orígenes como una institución cuyo objeto era proteger los derechos eventuales de quienes podrían heredarle. Sin embargo, con el tiempo la tutela tuvo por finalidad amparar al sometido a tutela.

En este ultimo sentido, las tutelas y curatelas pueden ser definidas como medidas de protección dispensadas a ciertas personas que no pueden defenderse a sí mismas.

Personas sometidas a tutela

1) **Tutela de los impúberes:** Estaban sometidos los sui iuris impúberes.
2) **Tutela de la mujer:** La mujer estaba sometida a tutela cualquiera que fuese su edad.[204]

Clases de tutela, atendiendo a la forma de designacion del tutor

1) Tutela testametaria: El tutor era nombrado por testamento.
2) Tutela legitima: La designación la efectúa la ley, atendiendo al grado de parentesco civil entre tutor y pupilo.
3) Tutela dativa o magistradual: El tutor era designado por el magistrado.

[204] Sólo en el derecho arcaico y clásico.

TUTELA DE LOS IMPUBERES

Designación del tutor

1) **Tutela testamentaria:** En primer lugar la designación se efectuaba en un testamento. Primitivamente solo podía designarlo el pater familias.
2) **Tutela legítima: A** falta de tutela testamentaria, la ley las XII Tablas llamó a desempeñar la tutela a aquellas personas que, si el impúber muriese le sucederían abintestato, o sea, a su agnado mas próximo o en su defecto a los gentiles. La evolución de la familia agnaticia a la consanguínea determinó un llamamiento a los parientes por sangre del pupilo.
3) **Tutela Dativa: A** falta de tutela testamentaria y legítima tenía lugar la tutela dativa, en este caso el tutor era designado por el magistrado.

Incapacidades para ser tutor

Mientras la tutela fue considerada un derecho del tutor, sólo se requería ser libre, ciudadano y pater familias. Pero cuando ésta adquirió un carácter protector y se transformó en una obligación, se le empezaron a exigir una serie de cualidades morales al tutor. De esta manera no podían ser tutores:

1) Los esclavos, salvo cuando era nombrado tutor testamentario por su dueño, ya que esto implicaba una manumision. En caso de tratarse de un esclavo ajeno, era necesario manumitirlo previamente.
2) Los locos, sordomudos y ciegos.
3) Los menores de 25 años.
4) Los que hubiesen tenido enemistad con el padre del pupilo.
5) Los soldados, obispos y monjes.
6) Las mujeres, excepto la madre y abuela del pupilo.

Excusas para rechazar la tutela

La tutela testamentaria y legítima, podían ser renunciada la primera (recordar que originalmente era un derecho del tutor) y traspasada la segunda (in iure cessio). La dativa en cambio, es una carga obligatoria, no se puede abdicar ni ceder, únicamente se permitió exponer razones por las cuales el designado podia ser dispensado. Por ejemplo, por tener el tutor más de 70 años, por salud, pobreza, tener 3 hijos, si vivía en Roma o 4 si vivía en provincia, tener otras tutelas o curatelas, etc.

Funciones y facultades del tutor

El tutor romano no tenía a su cargo el cuidado personal ni la educación del pupilo, que correspondía a la madre u otros parientes. Su función se circunscribía al aspecto patrimonial. El tutor tenía al respecto dos formas de actuar:

1) Por auctoritas interpositio: En este caso el tutor prestaba al pupilo su colaboración, para la conclusión de negocios jurídicos; lo que suponía que el pupilo tuviese una edad que le permitiera entender el sentido y alcance del negocio. O sea, debía tratarse de un infante mayor.
2) Gestion de negocios: (gestio negotorium): En este caso el tutor realizaba por si los actos, por tratarse de infantes menores, incapaces de entender el sentido y alcance

de un negocio jurídico. En este caso, el tutor no actuaba como representante del pupilo, por cuanto realizaba el acto a nombre propio, pero por cuenta del pupilo, o sea, era un caso de representación impropia. El tutor adquiría para si, y por ende debía luego traspasar la cosa o el crédito al patrimonio del pupilo.

En lo que respecta a las facultades del tutor, en principio fueron amplísimas. Sin embargo, fueron estableciéndose restricciones y prohibiciones en la medida en que fue cambiando el sentido de la tutela. Así:

1) Se prohibió al tutor hacer donaciones de importancia.
2) Se negó a los tutores la facultad de enajenar los predios rústicos o urbanos del pupilo, sin autorización del magistrado, etc.

Responsabilidades del tutor

Aun cuando es considerada un derecho, la ley de las XII Tablas estableció ya dos acciones contra el tutor que ha faltado gravemente a su deber:

1) La acusatio suspecti tutoris.
2) La actio de rationibus distrahendi.

En la epoca republicana se agrega:

3) La actio tutelae y,
4) La actio tutelae contraria.

La primera sirvió para obtener la destitución del tutor, designándose otro. La segunda, es una acción penal que castigaba la sustracción de bienes cometida por el tutor, el cual era obligado a pagar el duplo del valor de los bienes sustraídos.

La actio tutelae, la ejercitaba el pupilo contra el tutor o contra sus herederos para obtener la devolución de los bienes administrados, con todos sus aumentos y las indemnizaciones por los daños causados, debido a la mala gestión del tutor.

Para hacerlo responsable, por todo daño, era necesario determinar al inicio de la tutela, los bienes del pupilo que entraban en su administración, lo cual se hacia mediante la confección de un inventario. Justiniano, además estableció la obligación de prestar juramento de administrar bien y declarar las deudas y créditos personales que tuviese al entrar al cargo.

Por ultimo, la actio tutelae contraria, corresponde al tutor contra el pupilo, al término de la tutela, para que le indemnice por los gastos, perjuicios y en general por todo aquello que el pupilo debe dar o hacer de acuerdo a la buena fe.

TUTELA DE LA MUJER

Al llegar el hombre a los 14 y la mujer a los 12 termina la tutela de los impuberes. El hombre logra la plena capacidad, la mujer en cambio, está sometida a tutela perpetua (por la debilidad de su sexo) cualquiera que fuese su edad y por la vida, siempre que no se encontrara sometida a patria potestad o manus potesta.

Esta tutela suple la falta de capacidad de obrar sólo en lo relativo a negocios juridicos formales. Por tal razón, el tutor actúa a través de su auctoritas interpositio. Si el tutor, no da su consentimiento, para la realización de un negocio, la mujer podía recurrir al magistrado para que lo autorizara.

Augusto, otorgó el ius liberorum, o sea la plena capacidad de obrar a las ingenuas con 3 hijos y a las libertas con 4, facultad que la epoca post clásica fue extendida a todas las mujeres, cesando por ende la tutela mulieris.

El Senadoconsulto Veleyano (46 d.c.) dispuso que la mujer no podía ser fiadora de un tercero o del marido. Por ende, si la mujer afianzaba obligaciones ajenas, y se exigía la fianza, la mujer podía oponer la excepción del senado consulto Veleyano.

LAS CURATELAS

La curatela era el poder otorgado por el derecho civil a una persona con el objeto de que ésta represente y proteja a aquellas personas incapaces de obrar, ya sea por una causa particular o accidental.

Se distinguen:

La curatela del loco furioso: Persona que sufre de enajenación mental. El curador actúa como gestor de negocios, es decir, éste celebra los actos y contratos, y sus efectos se radican en su propio patrimonio. Para comenzar su curatela no se requería interdicción del pretor.

La curatela del prodigo: El disipador o dilapidador, es la persona que dilapida sus bienes, en perjuicios de sus herederos o acreedores. En este caso el pretor debe declarar su interdicción, para que el curador pueda actuar, quien es siempre magistradual. El curador sólo actúa en los actos de disposición del pródigo que disminuyen su patrimonio y además lo hace auctoritas interpositio.

La curatela del menor de 25 años: Esta curatela es la más nueva y surge debido a la práctica. Si bien el varon adquiere plena capacidad a los 14 años, entre los 14 y los 25 años, debido a su inexperiencia, muchos eran defraudados y víctimas de una serie de perjuicios.

Es por ello, que el año 19 a.c. la Lex Laetoria establece como delito el fraude, engaño y perjuicios, que afectaba a un menor de 25 años. La ley produjo los siguientes efectos:

1) Comienza a ser otorgada la excepcion de la ley Laetoria, que podía oponer el menor de 25 años, cuando su co-contratante pretendía el cumplimiento de un contrato celebrado entre ambos y que perjudicaba al menor de 25 años.
2) Se establece una curatela, que tendría lugar cualquiera que fuese el acto o contrato celebrado por el menor de 25 años.
3) Se establece la restitutio in integrum a favor del menor de 25 años.
4) Para favorecer el intercambio comercial se establece que esta curatela, sólo tiene lugar cuando el menor celebre algún acto o contrato y la designación del curador es siempre magistradual.

DERECHO SUCESORIO ROMANO

Tuvo como base la organización de la familia. Al igual que en la propiedad existieron dos sistemas de paralelos: por un lado el del derecho civil (hereditas y heres) y por otro lado el del derecho pretorio (bonorum possesio y bonorum posessor).

Hubo grandes diferencias, pues en el derecho civil se prefería el vínculo de agnación y en el derecho pretorio el vínculo de sangre. Como en la práctica era el pretor quien administraba justicia, si le solicitaban la bonorum possesio la daba, y si no se recurría al derecho civil.

- Herencia: "Conjunto de bienes, situaciones y relaciones transmisibles que va a adquirir el heredero".

- Heres: "Continuador de la persona causante jurídicamente, es decir, que estará en la misma situación y posición del causante" (son intrasmisibles, por ejemplo, los cargos públicos y el usufructo).

Si el causante era propietario quiritario, el heres también lo será; si el causante era acreedor en virtud de una acción civil, el heres también la tendrá.

En el derecho pretorio no sucedía lo mismo, pues el bonorum possesor era sucesor por derecho pretorio y las relaciones jurídicas de que era titular no pasaban en las mismas condiciones. Si el causante era propietario quiritario el bonorum possesor será propietario bonitario; de la misma manera, si el causante tenía acciones civiles el bonorum possesor las ocupará como acciones pretorias.

Había ciertos herederos que adquirirían ipso jure la herencia: los herederos necesarios a la muerte del causante pasaban a ser herederos sin que fuera necesaria su manifestación de voluntad, incluso la adquirían en contra de su voluntad, ya que no podian repudiar la herencia. En cambio la bonorum possesio, que era ofrecida en el edicto, debía ser solicitada. Por otra parte existía un plazo para solicitarla, si no era solicitada por los primeros que nombrada el edicto, la podían pedir los que venían a continuación, en un periodo que, por regla general, fue de 100 días.

La bonorum possesio en relación con el derecho civil se podía clasificar en:

1. B.P. suplendi gratia: Suplía al derecho civil, o sea, llamaba a la sucesión a una persona no contemplada por el derecho civil, con lo que se llenaba un vacío de este.
2. B.P. adjuyandi gratia: Confirmaba el derecho civil, llamaba a suceder a las mismas personas que llamaba el derecho civil.
3. B.P. corrigendi gratia: Corregía el derecho civil, porque eran llamadas a suceder personas en contra de lo dispuesto en el derecho civil.

La bonorum possesio se podía clasificar también en:

1. CUM RE: Si tenía un carácter definitivo.
2. SINE RE: Cuando tenía un carácter provisorio.

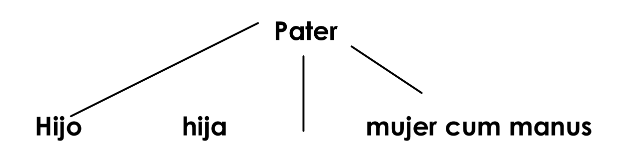
La delación era el llamado a heredar. En el derecho civil la delación podía tener su origen en las XII Tablas o en el testamento.

La bonorum possesio también podía ser cum tabula si era testamentaria y sine tabula si no había testamento y era el pretor quien llama a suceder.

En el derecho civil la herencia estaba protegida por una acción civil llamada "actio hereditatis petitio" o acción de petición de herencia, que fue calificada por Justiniano como acción mixta, pues se usaba para la restitución de cosas o para cobrar créditos; en cambio la bonorum possesio estaba protegida por un interdicto posesorio destinado a adquirir la posesión que era el "interdicto quorum bonorum"

Ordenes Sucesorias del Derecho Civil

a) HEREDES SUI



Mujer **hijos (nietos)**

Eran herede sui:
La mujer casada cum manu.
Hijo.
Hija soltera o casada sine manu.

Como todos estaban en igual grado, la herencia se repartía "per cápita" en el ejemplo cada uno recibía un tercio, sin embargo, a veces se sucedía por "estirpe" (hoy se llama derecho de representación) y tenía lugar cuando el hijo moría antes que el pater, en este caso los hijos de él (nietos del pater) quedaban unidos al abuelo con un vínculo agnaticio directo, de tal manera que al morir el abuelo los nietos iban a ser sui iuris. La herencia se reparte al igual que en el caso anterior, en tres partes porque los nietos representaban a su padre en la sucesión del abuelo. Al igual que en el caso de la muerte de un hijo, este podía haber sido preemancipado, si los nietos nacían antes de que se emancipara su padre, eran agnados del abuelo, si nacían después eran agnados de su padre, de esta forma también podían adquirir por estirpe.

Los herede sui eran herederos necesarios y en consecuencia adquirían de pleno derecho la herencia. No la podían repudiar, ni tampoco necesitaban manifestar su voluntad.

b) PARIENTE AGNADO DE GRADO MÁS CERCANO.
"Era la persona que tenía un ascendiente común con el causante y que estaría sometido a la misma patria potestad si el ascendiente viviese".

La herencia se repartía per capita en el caso de que hubieran dos o más parientes del mismo grado (nunca por estirpe). Esta persona podía aceptar o repudiar la

herencia, si repudiaba no se llamaba al pariente de grado menor, sino que quedaba vacante.

A la mujer sui iuris de le llamaban en primer lugar a los agnados más próximos pues no tenían heredes sui.

c) GENTILES
No se sabe como se llamaban ni como concurrían.

II DERECHO PRETORIO

Los órdenes sucesorios eran:
a) Unde liberi = llamado a los hijos.
b) Unde legitimi llamados a los que la ley de las XII Tablas establecía como herederos, es decir, se remitía a la ley.
c) Unde cognati = llamado a los parientes cognados.
d) Unde vir et exor = llamado al Viudo o viuda casado sine manu.

a) UNDE LIBERI.
Todas las personas que de acuerdo al Derecho Civil son herede sui más al hijo cognado emancipado (bajo ninguna otra potestad). No se llamaba al arrogado o adoptado emancipado.

Si este hijo emancipado pedía la bonorum possesio el pretor le imponía una obligación: la "collatio bonorum" que consistía en que el hijo preemancipado colacione o agregue su patrimonio a los bienes del causante. Era una institución destinada a proteger a los que permanecían bajo potestad, pues el hijo que fue preemancipado tuvo la oportunidad de tener un patrimonio propio y trabajar para si, en cambio los que permanecieron bajo potestad trabajaban para el pater.
Se realizaba mediante estipulación donde el hijo prometía la collatio, y si era más de un hijo todos la prometían.

La herencia se repartía per cápita o por estirpe si había ascendientes de grado posterior.

A contar de Adriano, Salvio Juniano modificó el sistema con el edicto perpetuo al establecer que los nietos y el pater pre emancipado debían ser considerados como una sola estirpe ("cláusula Juliana").

La mujer, al igual que en el Derecho Civil, casada cum manus era herede-sui y estaba en el primer orden del edicto ("colación de la dote").

La hija emancipada o casada cum manus tenía que colacionar la dote si solicitaba la bonorum possesio.

b) UNDE LEGITIMI:
Si pasaban 100 días, el edicto se remitía a la ley de las XII Tablas, es decir, llamaba a herede sui, agnados y gentiles.

c) UNDE COGNATI:
Era el llamado a los parientes. El pariente más cercado excluía al más remoto. Siempre se repartía por cabeza y no por estirpe, el edicto estableció un límite que era el 6°

grado colateral y por excepción el 7° siempre que el padre del posible beneficiario y el causante hayan tenido un bisabuelo común.



UNDE VIR ET UXOR:

El viudo casada sine manus con la condición de que hubiera vivido en justas nupcias hasta la muerte con el causante. Si hubiera estado casados cum manus era herede sui.

Este sistema fue modificado por dos senadoconsultos del siglo II.

El senadoconsulto Tertuliano (época de Adriano) dispuso que la madre casada sine manus tenía derecho a la sucesión de los hijos en el orden de los agnados, pero era excluida por los hermanos, hijos del causante, en cambio concurría con las hermanas e hijas del causante, con la condición que tuviera el "ius liberorum" (o sea, que tuviera tres hijos si era ingenua y cuatro si era liberta).

El senadoconsulto Orficiano (bajo Marco Aurelio y cómo en el año 178) estableció que los hijos sucedían a la madre en el orden de los agnados y excluían a cualquier otro pariente agnado.

Lo anterior fue una manifestación de la tendencia a beneficiar a los cognados.

III SISTEMA DE LAS NOVELLAS 118 Y 127 (DEL AÑO 544 Y 548)

En la época de Justiniano se modifico radicalmente el sistema, pues ya había desaparecido la familia agnaticia y el cristianismo influía en todas las esferas del derecho.

I° ORDEN: Se llamaba a los descendientes personalmente o representados por su descendencia legitima.

II° ORDEN: A falta de descendientes se llamaba a los ascendientes y hermanos germanos o sea hermanos de padre y madre (doble vínculo). Si sólo había ascendientes el más próximo excluía al más remoto, en este caso la herencia se dividía por troncos o líneas, vale decir, una línea materna y otra paterna. Por ejemplo si hay un abuelo paterno y dos maternos quedaba una mitad para el paterno y otra mitad para ambos abuelos maternos.

Si sólo hay hermanos germanos la herencia se dividía per cápita o por estirpe, los sobrinos representaban en la herencia del tío, los derechos de su padre pre-muerto.

Si hay ascendentes y hermanos germanos se divide per cápita entre todos y por estirpe respecto de los hermanos representados.

IIIº ORDEN: Se llamaba a los hermanos consanguíneos o uterinos, es decir, los que sólo tenían un vínculo común que podía ser el padre o la madre. Se repartía per cápita o por estirpe, ya que también existía el derecho de representación.

IVº ORDEN: Este orden llamaba a los demás parientes consanguíneos, se repartía siempre per cápita.

Vº ORDEN: Es la opinión mayoritaria entre los romanistas (sobre todo A. Dors) Justiniano dejó vigente el último orden del edicto, es decir, a la viuda o viudo.

"SUCESION TESTADA"

Se origina cuando la delación de la herencia tenía su origen en el testamento.

Testamento: "es un acto jurídico unilateral, personalisimo, solemne, revocable que contiene escencialmente la institución de heredero, que puede contener otras disposiciones, todas ellas tendientes a surtir efecto después de la muerte del testador".

Análisis:

- Era un acto jurídico unilateral, porque se necesitaba de una sola manifestación de voluntad.
- Era solemne, pues desde su origen hasta hoy, ha estado revertido de formalidades.
- Era un acto personalisimo, porque no se podía otorgar un testamento a través de un representante o mandatario. La excepción la constituía la "sustitución pupilar" que consiste en que el pater nombraba heredero a su hijo impúber para el caso que este muriera antes de llegar a la pubertad. Frente a él se conoció la sustitución vulgar que consistía en la institución de heredero bajo condición suspensiva para el caso que el primer instituido no quiera o no pueda heredar, esto era permitido, lo que no se podía era instituir heredero bajo una condición resolutoria.
  Se discutió en el caso que el pater otorgara testamento por su hijo impúber, si era heredero del pater o del hijo, prevaleció la opinión de los que decían que el sustituto era heredero del hijo.
  La importancia radicaba en que lo que tenía el hijo podía ser distinto a lo que recibió en herencia de su pater. Al primar esta segunda corriente se puede decir que la sustitución pupilar era una excepción al carácter personalisimo del testamento.
- Era un acto revocable, pues se podía dejar sin efecto por un testamento posterior, este nuevo testamento anulaba todas las cláusulas del anterior, aunque no se hubieran contradicho.

FORMAS DE TESTAR

I DERECHO CIVIL

1. IN CALATI COMITI: Calati significa comicios llamados o convocados especialmente. Eran los comicio por curia presididos por el pontífice que se reunían dos veces al año (24 de marzo y 24 de mayo). Se ha discutido cuál era el papel del pueblo, como testigos o como órgano que aprobaba la voluntad del testador (época arcaica).

2. IN PROCINTU: Se otorgaba ante el pueblo encuadrado en unidades militares llamadas procintu, se otorgaba en caso de guerra (época arcaica).

3. PER AES ET LIBRAM: Se utilizaba la mancipatio y tuvo dos fases históricas:

a) Se otorgaba ante la presencia de 5 testigos, el testador y una persona llamada familiae emptor, que era la persona que actuaba como el comprador de la familia, a esta persona el testador le transfería todo su patrimonio y le encargaba que a su muerte distribuyera sus bienes a las personas y en la forma que él le indicaba.
b) Se acostumbraba a que el testador en presencia de los testigos mostrara el testamento, que eran una tablillas enceradas y en la nuncupatio manifestara que estas tablillas contenían sus disposiciones de última voluntad. También podía hacerlo en forma oral y en la nuncupatio instituir heredero (al principio se requerían 5 testigos, luego 7).

II DERECHO PRETORIO

Frente a este testamento civil el pretor otorgaba la bonorum possesio cum tabula a la persona que estaba instituida como heredero y que llevaba en un testamento la firma de 7 testigos. Era sine re o sea, se otorgaba en forma provisoria puesto que se otorga sin considerar si se había cumplido con el ritual de la mancipatio. Esto era así, porque si el heredero ab intestato lograba probar que no se había cumplido el ritual, el testamento no era válido y se abría paso a la sucesión intestada.

A contar de los Antoninos se otorgó la bonorum possessio a quien había sido instituido heredero, independiente si se había cumplido con el ritual o no. El pretor seguía manteniéndole como heredero hasta que apareciera otra persona con un testamento posterior (lo que en la práctica era imposible, por lo que se otorgaba en forma definitiva cum re).

La institución de heredero debía hacerse en términos imperativos (ej.: sea mi heredero Ticio). No puede existir testamento sin la institución de heredero, podían no nombrarse los bienes, pero lo escencial era el heredero. El testamento podía contener otras disposiciones como los legados que podían estar ordenados en condicilos, pero era necesario que fueran confirmados en el testamento para que fueran válidos. También podían contener fideicomisos o encargos de confianza los que podían constar en un testamento en un condicilo confirmado o no.

PERDIDA DE EFICACIA DE UN TESTAMENTO

a) "Testamento iniustum o contra derecho": Tenía lugar cuando el testador no tenía testamentifactio o preteria a un herede sui varón, es decir, no mencionaba a un herede sui varón.
b) "Testamento irritum o anulado": Se trataba de testamentos que en un principio eran perfectamente válidos y quedaban anulados si después de otorgado, el testador sufría una capitis deminutio, aunque fuera mínima.

c) "Testamento ruptum": Por el nacimiento de un herede sui póstumo cualquiera sea su sexo.
d) "Testamento desertum": Si el instituido heredero moría antes que el testador o cuando el heredero repudiaba la herencia.
e) "Revocación": Si se otorgaba un testamento posterior, pues la única forma de revocar un testamento era por otro testamento.

CAPACIDAD DEL HEREDERO

Debía haber un causante (persona capaz de tener heredero) y también una persona capaz de suceder.

El principio general era que podía tener herederos los hombres libres, ciudadanos y pater familia (que tuviera plena capacidad de obrar) y la mujer libre, romana y sui juris (con la auctoritas del tutor, solo podía otorgar el testamento per aes et libram, porque no podía concurrir a los comicios, ni ser soldado). No lo podían otorgar los peregrinos los filius familia y los esclavos (por excepción podían otorgar testamento los esclavos y los hijos de familia en relación con sus peculios), además se requería la "testamentifactio activa", y que en virtud de ella no podían tener herederos los dementes, impuberes sordomudos de nacimiento y los pródigos.

Para ser heredero era necesario tener 3 aptitudes:

1. TESTAMENTIFACTIO PASIVA: Era la aptitud general necesaria para que una persona pudiera ser designado heredero por cualquiera de las formas admitidas o sea, el testamento o la ley. Se le denominaba pasiva para distinguirla de la necesaria para otorgar testamento.

Eran incapaces por falta de ella:
a) Peregrinos.
b) Hijos de condenados por delito de alta traición (perduellio).
c) Los herejes en la época del cristianismo.

En el caso de los esclavos era imposible instituir heredero a un esclavo propio, a menos que fuera manumitido en el testamento.

En el caso de testar a un esclavo ajeno, solo adquiere el dueño con su voluntad, pero el esclavo no tiene testamentifactio cuando la sucesión era ab intestato.

En la sucesión testamentaria había además requisitos especiales para contar con testamentifactio, ej.: no pueden ser heredero porque no tenían testamentifactio los "incertae" como los dioses, personas jurídicas y no nacidos.

En la sucesión ab intestato era necesario poseerla desde el momento de la delación hasta la adquisición, en la sucesión testada era necesario tenerla al momento de confeccionarse el testamento. Podía no tenerse en el tiempo intermedio.

2. IUS CAPIENDI O CAPACITAS: Era la aptitud consistente en no incurrir en algunas de las hipótesis que determinadas leyes impedían la adquisición de la herencia. Se aplicaba sólo en la sucesión testamentaria. Era necesario para adquirir bienes y sólo se necesitaba en el momento de hacerlo, y si no se tenía en ese momento podía completarse dentro de los 100 días siguientes a la delación en el caso de las "leyes caducarias".

No tuvo una regulación unitaria, porque era producto de leyes distintas que impedían al heredero adquirir una herencia válidamente deferida.

Si no se tenía capacitas se era heredero, pero no la podía adquirir, porque para ser heredero sólo se necesitaba testamentifactio.

Augusto, en las leyes demográficas dijo que no pueden suceder los "célibes" (no tiene hijos), y los casados sin hijos.

En la hipótesis de las leyes caducarias se prohibía capere mortis causa y se atribuía a consecuencias distintas a las que generaba la falta de testamentifactio.

La "lex iulia et papia" -leyes caducarias- prohibía capere (coger) la herencia a los que se hallaban bajo alguna de sus hipótesis y luego, los bienes caían de sus manos-caducum.

Producía efectos jurídicos distintos de la ausencia de testamentifactio y al atribuirse el caducum al fiscus se asimilaban más bien a los de indignidad.

La porción que no se podía adquirir se debía apreciar en cada ley.

3. AUSENCIA DE INDIGNITAS: Eran determinados comportamientos o conductas del heredero respecto del causante que una vez producidas impedían que el heredero pudiera retener la herencia.

Hay múltiples hipótesis: que no haya una conducta inmoral, incorrecta o delictiva respecto del causante.

El indigno no perdía la calidad de heredero, pero no podía retener la herencia, y los bienes eran en definitiva adquiridos por el fisco. La mayoría de sus hipótesis son propias de la sucesión testamentaria y se distinguen 3 tipos:

- Falta contra la persona del causante.
- Comportamientos contrarios a la voluntad del causante. Ej.: quemar el testamento.
- Conducta ilegal del heredero.

DELACION O DELATIO HEREDATIS

Era el llamamiento que se hacía a una persona respecto de determinada herencia.

Existían tres tipos:

1. TESTAMENTARIA: En la cual la designación del heredero la hacía el causante en el testamento.

2. INTESTADA: En la cual la designación la hacía la ley atendiendo al vínculo de familia.
3. FORZOSA: En la que el llamado lo hacía la ley en oposición a lo dispuesto por el testador en el testamento.

El principio fundamental era que no podía haber llamamiento simultaneo por ley y por testamento, si por ejemplo el causante instituía heredero a Ticio por la mitad de los bienes no se produce llamamiento legal por la otra mitad, sino que se entendía que Ticio era heredero por el total porque primaba la voluntad del testador.

ADQUISICION DE LA HERENCIA

Era el momento preciso en que adquiría la herencia. Había que distinguir entre los herederos necesarios y extraños.

Los herederos necesarios pueden ser "sui et neccessari" si eran los sujetos a la patria potestad o a la manus del causante. Los "neccessari" que eran los esclavos manumitidos por el testador y designados herederos. Eran extraños todos los demás.

Los necesarios adquirían los bienes inmediatamente después de ocurrida la delación (ipso jure), sin necesidad de un acto o manifestación de voluntad. Los extraños requerían su manifestación de voluntad, y luego la aceptación, razón por la cual se llamaban también herederos voluntarios.

LOS LEGADOS

"Son disposiciones mortis, causa por los cuales se le atribuyen derechos a una persona sin conferirle el título de heredero".

Podían ser otorgados en el testamento o en un codicilio confirmado por un testamento. En general la validez del legado dependía de la validez del testamento.

Las personas que intervenían eran: el testador (el otorgaba el legado), el heredero (que debía cumplir con el legado) y los legatarios (eran los beneficiados por el legado).

CLASES DE LEGADOS EN EL DERECHO CLASICO

a) PER VINDICATIONEM: El objeto era un derecho de dominio u otro derecho real. El legatario disponía de la correspondiente acción real para reclamar su legado. Las palabras que debían emplearse eran "do lego". El objeto de este legado podía ser sólo cosas propias del testador, de lo contrario, el legatorio no las adquiría, sólo podía ser un poseedor civil cuya justa causa era el legado.

Desde el momento que el testamento adquiría validez, el legatario disponía de la correspondiente acción, si se trataba de un derecho de dominio el heredero era propietario desde ese momento, porque hay un vinculación directa con el derecho real.

En tiempos de Nerón se estableció que el legado vindicatorio que había sido ordenado en forma defectuosa, como por ejemplo no se había usado las palabras rituales u otro defecto en la forma se podía convalidar y valer como legado per demnationem.

b) PER DAMNATIONEM: Suponía una condena (damnatio) del heredero a favor del legatario, "que mi heredero sea constreñido a dar...." (Gayo, institutas).

Este tipo de legados constituía un crédito del legatario en contra del heredero, mirado desde el punto de vista del heredero era una obligación que tenía frente al legatario. Su objeto podía ser cualquier obligación que implicara un beneficio para el legatario: un servicio, una suma de dinero, un crédito, una deuda, donde el legatario era el acreedor y el causante era el deudor.

La deuda podía estar sometida a un plazo o condición y en virtud del legado se hacía exigible de inmediato aunque nada se hubiera dicho.

El sólo hecho de constituir un legado significaba un beneficio para el legatario porque la acción de que va a disponer el legatario en este tipo de legado llevaba "litis crecentia", es decir, aumento de la litis con lo que iba a ser condenado al doble si no pagaba el legado, lo que no hubiera sido posible si hubiera usado la acción ordinaria correspondiente a su crédito. Esta acción era la "actio ex testamento", que era una acción de derecho estricto con intentio cierta o incierta dependiendo del objeto del legado.

A través de este legado se podían legar cosas propias o ajenas del testador si eran ajenas, el heredero tenía la obligación de adquirirlas y entregarlas al legatario, si el dueño pedía un precio excesivo, que no se pudiera pagar, la jurisprudencia estimó que cumplía su obligación abonando al legatario el justo precio de la cosa.

c) SINENDI MODO: Es una variedad del anterior, puesto que en este caso el heredero no debía hacer algo, sino que debía permitir algo que continuara una situación de hecho o que el legatario se apoderaba de algo.

d) PER PRAECEPTIONEM: (por anticipado): Era un legado a favor de un heredero, se justificaba en la medida de que habían varios herederos y que se quisiera beneficiar a uno de ellos.

El objeto fue generalmente el "peculio profecticio".

La acción para exigir el cumplimiento del legado era la "actio familiae ercincundae" (acción divisoria de la herencia).

El "senadoconsulto neroniano" (año 64), para evitar la invalidez de los legados estableció que el legado vindicatorio que había sido otorgado con un defecto en la forma, valiera como legado damnatorio.

La validez del legado dependía de la validez del testamento y en el caso de los herederos extraños, que los herederos aceptaran la herencia.

El legado era sólo una expectativa que no era transmisible, de manera que si el legatario moría antes de que se aceptara la herencia, nada transmitía.

Para evitar estos problemas los romanos distinguieron:

- DIES CEDENS (día que cede): Correspondía a la muerte del testador. En este momento el legatario tenía una expectativa, pero ahora transmisible a sus herederos.
- DIES VENIENS (día que llega): Correspondía al momento de la aceptación de la herencia y desde ese momento el legatario podía exigir el cumplimiento de su legado.

LIMITACIONES A LA FACULTAD DE LEGAR

a) LEX FURIA TESTAMENTARIA: En el siglo II antes de Cristo se dictaron estas leyes para evitar la disgregación del patrimonio familiar, pues en la práctica se otorgaban tantos legados que el heredero debía soportar muchas cargas, las que hacían disminuir su patrimonio.

Se dictaminó que ningún legatario podía recibir más de 1000 ases, por lo tanto, el testador podía otorgar varios legados, pero de menos de 1000 ases, o bien, podía consumir su patrimonio, con lo que la medida no surtió el efecto deseado.

b) LEX VOCONIA: Estableció que las personas que estaban en primer lugar del censo no podían instituir herederas las mujeres. También estableció que ningún legatario podía recibir más que el heredero, por ende, el testador podía otorgar múltiples pequeños legados, con lo que esta ley tampoco logró el fin de proteger al heredero.

c) LEX FALSIDIA: Plebiscito del siglo I antes de Cristo. Estableció la cuarta falsidia, en virtud de la cual el testador podía disponer de los legados que quisiera, con tal que dejara un cuarto de la herencia libre para el heredero. Si eran varios los herederos la cuarta se establecía para cada uno.

Para calcular la cuarta, se tomaba en cuenta sólo el activo, se deducían las deudas, cuentas del entierro y esclavos manumitidos en el testamento.

Luego esta institución se incluyó al fideicomiso llamándosela.

EL FIDEICOMISO

Era un encargo de confianza que el testador o causante hacía a cualquier persona beneficiada con el testamento para que cumpliera con una liberalidad a favor de un tercero.

Disposición de última voluntad del causante que no cumplía los requisitos para otorgar testamento y por lo cual se le encargaba a una persona que se beneficiaba con su herencia, que otorgara un determinado destino a ciertos bienes o que cumpliera cualquier otro deseo del causante.

Esta práctica se generalizó a fines de la República, pero no tuvo ninguna protección jurídica, es decir el beneficiario con la disposición no podía exigir que el encomendado para cumplir el deseo el causante efectivamente lo cumpliera.

Nos encontramos en esta institución con tres personas: el fideicomitente (De cuius), el fiduciario (el obligado a cumplir) y el fideicomisario (el beneficiado).

Como no hay acción contra el fiduciario se está ante un ruego que dependía por completo de la fides del fiduciario, por lo cual la institución fideicomiso tácito (encargo a la fe), generalmente no se cumplía. En la época de Augusto se otorgó a los fideicomisarios la facultad de recurrir a los cónsules para que estos en virtud de su imperium forzaran su cumplimiento.

En la época de Claudio se crearon pretores fideicomisarios para que conocieran de estas reclamaciones extra ordinem, pero al protegerse se asemejó al legado, la desventaja del fideicomiso (no tener acción) se compensaba con que a través de él, era posible indirectamente dejar bienes a personas que carecían de capacidad para suceder.

Al asimilarse al legado, el legislador extendió la regulación de los legados tanto en sus límites (lex falsidia) como en su capacidad.

En un principio como se trataba de un ruego, no debía cumplirse formalidad alguna, por lo cual la voluntad podía manifestarse verbalmente, por escrito e incluso por signos y era indiferente si se otorgaba antes o después de la institución de heredero.

La costumbre general era sin embargo, manifestar su voluntad a través de un codicilio (simple escrito o carta) el cual podía ser otorgado por personas que podían morir intestados haciendo el encargo a quienes serían sus sucesores legítimos.

En la evolución, además de aplicarse las disposiciones de la lex falsidia, el senadocumento Perniciarum extiende también a los fideicomisos, las incapacidades de las leyes caducarias (dejan de ser capaces los peregrinos, las personas inciertas, los célibes y los orbi); se amplió también la disposición de los legados en virtud de la cual los fideicomisos por un testamento si estaban otorgados en codicilio.

En el tiempo de Justiniano se asimiló el fideicomiso al legado completamente al desaparecer los latinos junianos, que era el último caso de incapacidad, y al generalizarse el procedimiento extra ordinem, por lo tanto era posible otorgar legados tanto por testamento, como por codicilio, de manera que estos últimos podían contener legados incluso tratándose de una persona que moría intestada.

Fue necesario entonces, exigir a los codicilios requisitos de forma. Constantino dispuso que era necesaria la presencia de 5 testigos.

Cuando se otorgaba testamento y codicilio, este estaba sujeto a la validez del testamento, por eso se incorporó al testamento la cláusula por la que se disponía que si resultaba nulo el testamento valiese al menos como codicilio.

FIDEICOMISO DE HERENCIA O UNIVERSAL

"Disposición de última voluntad por la cual se encargaba al heredero que restituyera toda la herencia o una parte de ella a una persona".

En cuanto a la manera y capacidad para otorgarlo se regía por las normas generales del fideicomiso.

A partir de la sanción jurídica de Augusto se pudo distinguir en su evolución histórica varias etapas.

En un principio resultaba que el fideicomisario era un simple acreedor del heredero fiduciario, el que continuaba siendo heredero aún después de restituir, incluso si todos los bienes pasaran al fideicomisario.

Para transmitir los créditos y obligaciones los fideicomisos de herencia se entregaban por medio de estipulaciones. En el caso del legado cuotativo (cuando el fideicomiso comprendía una parte de la herencia) se le denominaba stipulatio partis et pro parte y cuando el objeto era el total de la herencia con la stipulatio emptae et veditae hereditatis.

Sin embargo el fideicomisario era sólo un adquiriente de la herencia y el fiduciario seguía siendo heredero. Además el fideicomisario quedaba sujeto a que el heredero aceptara la herencia, pues de lo contrario a nadie le podía cobrar el fideicomiso.

El senadoconsulto Trebeliano (del año 56, bajo el gobierno de Nerón) dispuso que tanto las cosas que formaban parte de la herencia como los créditos y obligaciones pasaran al fideicomisario sin necesidad de estipulación y sólo en virtud de la simple convención de ejecución del encargo. El fideicomisario disponía de todas las acciones hereditarias como acciones útiles, mientras que el heredero se excepcionaba respecto de los acreedores invocando la restitución del fideicomiso.

Sin embargo, aún era necesario que el heredero aceptara la herencia, por lo que el Senadoconsulto Pegasiano (dictado bajo el gobierno de Vespaciano), dispuso un incentivo para el fiduciario, quien podía retener un cuarto de la herencia llamada Cuarta Pegasiana, la que se calculaba en base al activo. Además dispuso que el fideicomisario podía ejercer la facultad de obligar al heredero a aceptar la herencia.

Ocurría que las disposiciones de este Senadoconsulto, cuyas motivaciones desconocemos, establecían que si el testador dejaba al fiduciario la Cuarta Pegasiana ejercía en esta parte de la herencia, las acciones de acuerdo al ius civile y el fideicomisario gozaba de las mismas, pero útiles en la cuota de la herencia que a él le correspondía.

También disponía que si el de cuius no asignaba la Cuarta Pegasiana, el fideicomiso correspondía a más de las tres cuartas partes y el fiduciario que acepta voluntariamente, podía retener la cuarta, pero en sus relaciones con el fideicomisario se remitía al derecho antiguo (anterior al Senadoconsulto Trebeliano), es decir, se veía obligado a celebrar estipulaciones.

Si el fiduciario no otorgaba la Cuarta y no aceptaba la herencia, no tenía derecho a retener la Cuarta, y se aplicaba el Senadoconsulto Trebeliano.

En el derecho Justiniano se simplificó el sistema, porque se dispuso que el traslado de acciones al fideicomisario se producía siempre según el Senadoconsulto Trebeliano y desaparecieron la s estipulaciones. El fiduciario siempre tenía derecho a la Cuarta Trebeliana o Falsidia, y el fiduciario podía siempre ser obligado judicialmente a aceptar la herencia.

OBJETO DEL FIEDICOMISO:

- Una cosa singular.
- La manumisión de un esclavo.
- Toda la herencia o una parte de ella (fideicomiso de herencia).
- Fideicomiso especial o de residuo.

SUCESION FORZOSA

La sucesión forzosa o contra testamento consistía en que, si bien, en Roma había una amplia libertad para testar, la ley estableció que el testador podía instituir heredero o desheredarlo, pero no preterirlo, es decir, no nombrar en el testamento a ciertas personas o desheredarlas incorrectamente. Esto era lo que se llamaba sucesión forzosa normal.

En la práctica judicial tuvo su origen otro tipo de sucesión forzosa, llamada sustancial, en virtud de la cual, una porción de la herencia debía ser asignada a ciertos herederos: los parientes más cercanos del causante.

I SUCESION FORZOSA FORMAL

1. Derecho Civil

El testador podía instituir heredero o desheredar a los herede sui, pero no podía preterirlos, para lo cual había que distinguir entre:

- Herede sui varones = debían ser instituidos o desheredados sin excepción de causa nominativamente.
- Herede sui mujeres = podían ser desheredadas en conjunto.
  Si no se cumplía con estas disposiciones, se consideraban preteridos.

Consecuencias de la preterición.

- Si el preterido era un herede sui varón el testamento se consideraba injusto y se abría paso a la sucesión intestada.
- Si el preterido era una mujer o un nieto no se anulaba el testamento, sino que los preteridos concurrían con los instituidos. En este caso había que distinguir.
- Si los instituidos eran herede sui, los preteridos concurrían por la porción que les habría correspondido ab intestato, descontando lo que les correspondía a los instituidos.
- Si los instituidos eran extraños les correspondía la mitad de lo que se les había asignado a los extraños.

2. Derecho Pretorio.

El pretor exigió que los herede sui varones o nietos y demás el hijo emancipado cognado debía ser instituidos o desheredados nominativamente, de lo contrario sería un testamento injusto. El resto de los herede sui podían ser instituidos o desheredados en conjunto.

Consecuencias de la preterición:

- Si se trata de liberi varones, es decir, hijos varones, nietos herede sui o el hijo emancipado cognado, el testamento era ineficaz y se abría paso a la Bonorum Possessio sine tabula.
- Si se trata de otros liberis había que distinguir si:
- El instituido es otro liberi = los liberis preteridos concurren por la porción que les habría correspondido ab intestato.
- El instituido un extraño = los liberis preteridos excluyen totalmente a los extraños.

II SUCESION FORZOSA SUSTANCIAL

Tuvo su origen en la práctica judicial y sobre todo de las alegaciones que se hacían ante el Tribunal de los centunviros, quienes acogían las alegaciones de los oradores, lo que aducían que las personas que otorgaban testamento sin beneficiar en absoluto a sus parientes más cercanos era contrario a la piedad y que la persona que le había otorgado no estaba en su sano juicio.

En la época de Trajano aparecieron ciertos rasgos definitivos de la querella de inoficioso testamento, que era la acción para impugnar testamentos de esa clase.

- Sólo la podían usar las personas que iban a heredar a la persona ab intestato. Con el tiempo se les llamó legitimarios, porque tenían derecho a una porción legítima. En la época de Constantino, fueron legitimarios los ascendientes, descendientes y los

hermanos cuando habían sido pospuesto por la institución de una persona torpe (de malas costumbres).

La porción legítima fue fijada en la cuarta parte de a porción intestada. Si se abría la sucesión por sucesión forzosa obtenía lo que correspondería según su porción intestada, la cual era sólo un límite para usar la querella.

Justiniano modificó el sistema de sucesión forzosa en la novela 115, donde estableció que:

- Los legitimarios eran los únicos que podían intentar la querella.
- Estableció las causas por las cuales se podían desheredar, la que debía ser indicada en el testamento y si era necesario, debía probarse, como por ejemplo, atentados contra su vida, no prestarle auxilio, etc.
- La porción legítima fue aumentada a un tercio cuando los herederos eran cuatro o menos, o a la mitad de su porción intestada si eran más de cuatro.
- Si la persona recibía una cuota a la porción legítima, debía entablar la acción por el suplemento y no la querella de inoficioso testamento. Debía usar la actio suplendam legítima.
- Si se interponía la querella de inoficioso testamento, la institución de heredero perdía su eficacia, pero las demás disposiciones del testamento subsistían. Antes dependía del tribunal del centunviro establecer si subsistían las demás disposiciones testamentarias.

ACEPTACION DE LA HERENCIA

Había que dividir a los herederos en:

a) NECESARIOS: Eran los herede sui (sui et necessari) y los esclavos manumitidos (necessari) en el testamento e instituidos herederos (primero había que manumitirlos y luego instituirlos herederos).

Estas personas adquirían la herencia ipso iure, por el sólo ministerio de la ley, y aún en contra de su voluntad. El problema que se les presenta era que en el momento de la muerte adquirirán no sólo el activo sino que también el pasivo e iban a responder incluso con su persona en caso de deudas. Por esta razón el pretor le otorgó a los herede sui elius abstinendi o derecho de abstención, que impedía que se confundieran los patrimonios.

Los herede sui se abstenían de la herencia con el objeto de que los acreedores hicieran efectivo su crédito exclusivamente en el patrimonio del causante. Esto subsistía mientras el heredero no realizara ningún acto relacionado con la herencia.

Para los esclavos, el pretor otorgó el beneficio de separación de patrimonios con el objeto de que no se confundiera lo que le dejó el pater, con lo que el esclavo pudiera haber ganado posteriormente (también lo podía pedir el acreedor si el esclavo tenía mucho pasivo).

Justiniano estableció que para evitar la confusión de patrimonio, en general bastaba la confección de inventario. Si el heredero hacía un inventario de los bienes que heredaba iba a responder sólo con los bienes del inventario (beneficio de inventario).

b) EXTRAÑOS: Todos los que no eran necesarios. Para adquirir la herencia necesitaban manifestar su voluntad, la que podía ser solemne o no. La manifestación solemne se llamaba cretio y sólo procedía cuando el testador así lo había dispuesto. El heredero tenía un plazo de 100 días para aceptar o repudiar la herencia. Se llevaba a cabo con testigos presentes aunque no era esencial.

Si el testador nada decía, la aceptación podía hacerse de cualquier forma que diera a entender que le heredero aceptaba (ej.: pagar una deuda, vender algo, etc.).

El problema de los legados se presentaba en este espacio de tiempo (entre la muerte del causante y la aceptación), pues cualquier persona se podía apoderar de los bienes de la herencia y adquirir por usucapión la calidad de heredero en el término de un año, sin requerir buena fe ni justo título. Fue por esto que se pretendió obligar a que los herederos manifestaran su voluntad.

PROTECCION DE LA HERENCIA

Los heres estaban protegidos por la actio hereditatis patitio, que era la acción que correspondía al heres quién la interpone contra la persona que poseía bienes de la herencia y que discutía su calidad de heredero. También la podía solicitar el fiscus respecto de las cuotas caducas y el fideicomisario universal como útil.

La actio hereditatis patitio podía ser:

1 PRO HEREDE: Contra la persona que poseía bienes de la herencia y que decía además ser él, el heredero.

2 PRO POSSESORE: Contra el que tenía bienes de la herencia y se negaba a restituirlos por desconocer o no reconocer como heredero al demandante.

En ambos casos discutía la calidad de heredero. En el derecho clásico y arcaico fue considerada como acción real, pero Justiniano dijo que era una acción mixta, porque utilizaba no sólo para recuperar bienes, sino que también para recuperar créditos.

El bonorum possesor, en cambio, estaba protegido por el interdicto quorum bonorum (de aquellos bienes), que lo interponía el bonorum possessor pro herede possesare o simplemente pro possesor.

Era un interdicto posesorio y servia para adquirir la posesión.